

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

LES DONATIONS

DANS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

ET

DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Vendredi 11 Juin 1897, à 1 heure

PAR

Henry REVERDY

Avocat à la Cour d'Appel de Paris

PRÉSIDENT :

M. LEFEBVRE..... Professeur.

SUFFRAGANTS :

M. WEISS..... Professeur.

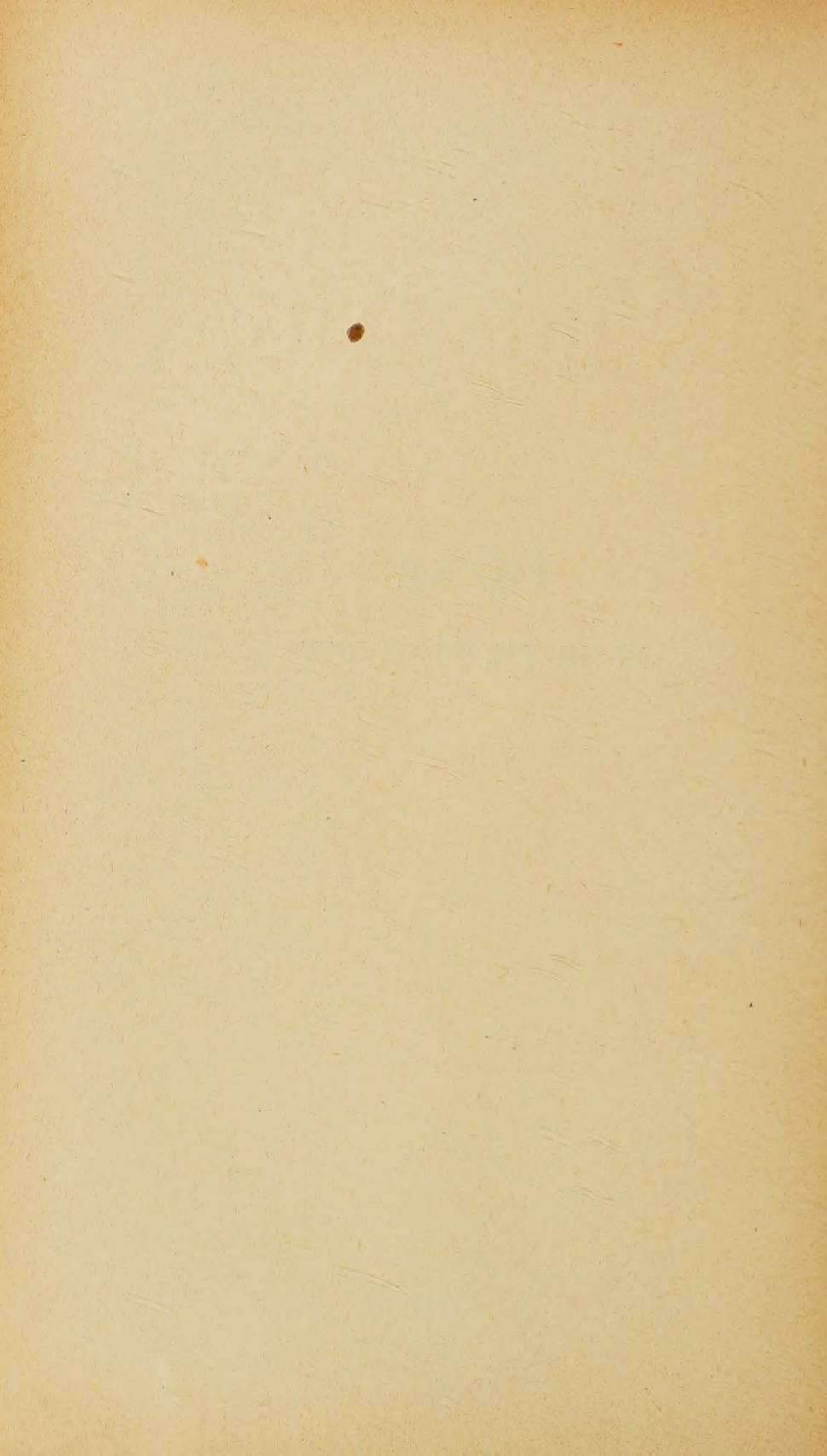
M. CHÉNON..... Professeur.

POITIERS

IMPRIMERIE BLAIS ET ROY

7, RUE VICTOR-HUGO, 7

THÈSE
POUR LE DOCTORAT



UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

LES DONATIONS

DANS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

ET

DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

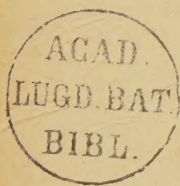
L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Vendredi 11 Juin 1897, à 1 heure

PAR

Henry REVERDY

Avocat à la Cour d'Appel de Paris



PRÉSIDENT :

M. LEFEBVRE..... Professeur.

SUFFRAGANTS :

M. WEISS..... Professeur.

M. CHÉNON..... Professeur.

POITIERS

IMPRIMERIE BLAIS ET ROY

7, RUE VICTOR-HUGO, 7

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE
DE
MON PÈRE

A MA MÈRE

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	I
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LES DONATIONS DANS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

CHAPITRE PREMIER

Classification. — Objet et conditions des donations.....	17
SECTION I. — <i>Classification des donations</i>	17
SECTION II. — <i>Objet des donations</i>	25
SECTION III. — <i>Conditions des donations</i>	29

CHAPITRE II

Capacité en matière de donation.....	34
SECTION I. — <i>Incapacités physiques</i>	35
I. — Sourd-muet accidentel.....	36
II. — Sourd-muet de naissance.....	37
SECTION II. — <i>Incapacités intellectuelles</i>	38
Art. I. — « Furiosus ».....	39
Art. II. — « Mente captus ».....	39
Art. III. — Prodigue.....	39
Art. IV. — Pupille.....	39
Art. V. — Mineur de 25 ans.....	39
SECTION III. — <i>Incapacités légales</i>	40
§ I. — Incapacités protectrices de la personne.....	41
Art. I. — Epoux à l'égard de son conjoint.....	41
Art. II. — Influence des secondes noces.....	48
Art. III. — Médecin.....	52
Art. IV. — Avocat.....	53
§ II. — Incapacités protectrices de la famille.....	54
Art. I. — Personne « alieni juris ».....	54
§ III. — Incapacités édictées à titre de peine.....	57

Art. I. — Condamnés.....	57
Art. II. — Hérétiques et apostats.....	58
Art. III. — Personnes unies par des liens illégitimes.....	58
§ IV. — Incapacités des personnes morales.....	60
Art. I. — Personnes morales ecclésiastiques.....	61
Incapacité du religieux.....	63
Art. II. — Personnes morales laïques.....	64
I. — Etat.....	64
II. — Villes et groupements naturels. Décurions.....	66
III. — « Collegia ».....	67
SECTION IV. — <i>Des donations déguisées sous un contrat onéreux et des donations par personne interposée.....</i>	69

CHAPITRE III

Extension de la légitime aux donations inofficieuses	72
I. — Quarte Falcidie.....	72
II. — Quarte légitime.....	73
III. — Légitime du patron.....	74
IV. — Quarte de l'adrogé impubère.....	75
V. — Quarte du conjoint pauvre.....	75

CHAPITRE IV

De la forme des donations dans le droit de Justinien.....	77
SECTION I. — <i>Forme des donations entre vifs.....</i>	77
§ I. — Forme intrinsèque des donations.....	77
§ II. — Forme extrinsèque. Insinuation.....	81
Art. I. — But de l'insinuation.....	84
Art. II. — Forme de l'insinuation.....	86
Art. III. — Donations auxquelles s'applique l'insinuation.....	91
A. — Actes qui participent à la fois de la donation et de l'acte à titre onéreux.....	92
B. — Détermination du « modus » au-dessus duquel l'insinuation est imposée.....	95
C. — Donations dispensées de l'insinuation.....	102
Art. IV. — Conséquences du défaut d'insinuation.....	104
SECTION II. — <i>Forme des donations à cause de mort. — Rapprochement entre la donation à cause de mort et les legs.....</i>	105

CHAPITRE V

Effets des donations sous Justinien.....	113
SECTION I. — <i>Effets des donations entre vifs.....</i>	113
SECTION II. — <i>Effets des donations « sub modo ».....</i>	115
SECTION III. — <i>Effets des donations « propter nuptias ».....</i>	116
SECTION IV. — <i>Effets des donations entre époux.....</i>	119
SECTION V. — <i>Effets des donations à cause de mort.....</i>	122

CHAPITRE VI

Révocation des donations.....	134
--------------------------------------	------------

DEUXIÈME PARTIE

LES DONATIONS DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT

CHAPITRE PREMIER

De l'usage des donations dans les pays de Droit Écrit.....	143
--	-----

CHAPITRE II

Des différents types de donations plus particulièrement usités dans les pays de Droit Écrit. — Comparaison avec les pays coutumiers.....	150
--	-----

SECTION I. — <i>Types de donations usités dans les pays de Droit Écrit et dans les pays coutumiers</i>	150
--	-----

§ I. — Donation entre vifs.....	150
---------------------------------	-----

§ II. — Donation rémunératoire.....	152
-------------------------------------	-----

§ III. — Donation avec charges.....	155
-------------------------------------	-----

§ IV. — Donation en franche aumône, donation avec clause d'immunité.....	157
--	-----

§ V. — Institution contractuelle.....	162
---------------------------------------	-----

§ VI. — Partage d'ascendant.....	167
----------------------------------	-----

SECTION II. — <i>Types de donations usités dans les pays coutumiers et non dans les pays de Droit Écrit</i>	169
---	-----

§ I — Démission de biens.....	169
-------------------------------	-----

SECTION III. — <i>Types de donations usités dans les pays de Droit Écrit et non dans les pays coutumiers</i>	173
--	-----

§ I. — Donation à cause de mort.....	174
--------------------------------------	-----

§ II. — Donation de biens à venir; donation de biens présents et à venir; donation universelle et à titre universel..	181
---	-----

CHAPITRE III

Formes des donations entre vifs dans les pays de Droit Écrit. —

Historique de ces formes	191
--------------------------------	-----

SECTION I. — <i>Nécessité de la tradition</i>	193
---	-----

SECTION II. — <i>De l'état du mobilier</i>	208
--	-----

SECTION III. — <i>Emploi de l'écriture</i>	210
--	-----

SECTION IV. — <i>Rôle du notaire</i>	217
--	-----

SECTION V. — <i>Présence des témoins</i>	224
--	-----

SECTION VI. — <i>Acceptation expresse</i>	227
---	-----

SECTION VII. — <i>Insinuation</i>	235
---	-----

§ I. — Décadence de l'insinuation.....	235
--	-----

§ II. — Renaissance de l'insinuation.....	247
---	-----

SECTION VIII. — <i>Des donations qui ne sont pas soumises à des formes solennelles</i>	258
--	-----

§ I. — Dons manuels.....	259
§ II. — Renonciations « <i>in favorem</i> ».....	260
§ III. — Stipulations au profit d'un tiers.....	261
§ IV. — Donation faite par un contrat onéreux.....	263

CHAPITRE IV

Formes des Donations à cause de mort.....	266
---	-----

CHAPITRE V

Dè quelques incapacités nouvelles.....	272
§ I. — Incapacité du tuteur de recevoir une donation de son pupille. — Extension donnée à cette incapacité, quand une personne est soumise à l'influence d'une autre....	272
§ II. — Incapacité des magistrats.....	276
§ III. — Incapacité des personnes unies par des liens illégitimes.....	277
§ IV. — Incapacité du religieux et des établissements de mainmorte.....	279

CHAPITRE VI

La légitime dans les donations des pays de Droit Écrit.....	284
---	-----

CHAPITRE VII

Influence du mariage sur les donations.....	288
SECTION I. — <i>Donations faites dans le contrat de mariage</i>	288
§ I. — Donations faites, en contrat de mariage, en faveur des futurs conjoints et de leurs descendants par d'autres personnes que les conjoints eux-mêmes.....	288
Art. I. — Formes simplifiées après l'ordonnance de 1731.....	288
Art. II. — Dispense des conséquences de la Règle « donner et retenir ne vaut ».....	291
§ II. — Donations diverses entre futurs époux usitées dans les contrats de mariage des pays de Droit Écrit.....	299
SECTION II. — <i>Donations faites pendant le mariage par les époux</i> ..	308
§ I. — Donations des époux en faveur d'un étranger.....	308
§ II. — Donations entre époux.....	312
SECTION III. — <i>Donations faites à l'occasion des secondes noces</i>	318
§ I. — Incapacités qui atteignent la femme qui contracte de secondes noces dans l'année de deuil.....	318
§ II. — Incapacités frappant la mère qui, après avoir accepté la tutelle de ses enfants, se remarie sans leur avoir fait nommer un autre tuteur.....	320
§ III. — Incapacités de la veuve qui se remarie à une personne indigne de la qualité de son premier mari.....	321
§ IV. — Incapacités découlant pour les époux du seul fait qu'ils contractent de secondes noces.....	322

CHAPITRE VIII

De l'irrévocabilité des donations entre vifs.....	335
SECTION I.— Développement historique de l'idée d'irrévocabilité dans les donations.....	335
§ I. — Réaction contre l'instabilité des donations.....	336
§ II. — La théorie de l'irrévocabilité des donations dans les pays de Droit Écrit.....	342
SECTION II. — Des cas de révocation légale des donations entre vifs.	349
§ I. — Révocation pour ingratitude.....	349
§ II. — Révocation pour inexécution des charges.....	353
§ III. — Révocation pour survenance d'enfant.....	357
Art. I. — A quelles donations s'applique, dans les pays de Droit Écrit, la révocation pour survenance d'enfant.....	360
Art. II. — Dans quels casse produit, dans les pays de Droit Écrit, la révocation pour survenance d'enfant.....	369
Art. III. — Quels sont les effets de la révocation pour survenance d'enfant?.....	372
Art. IV. — Comment se perd le droit de révocation pour survenance d'enfant.....	375
§ IV. — Droit de retour.....	378
Art. I. — Droit de retour conventionnel.....	379
Art. II. — Droit de retour légal.....	380
Conclusion.....	383
TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.....	387

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

DES OUVRAGES CITÉS

- Accarias.** — *Précis de droit Romain.* 4^e édition. Paris, 1886, 2 vol. in-8.
- Aguesseau (d').** — *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, édition Pardessus. Paris, 1819, 16 vol. in-8.
- Anouilh.** — *De l'Institution contractuelle dans l'ancien droit français et d'après le Code Napoléon.* Revue historique de droit français, tome VII. Paris, 1860.
- Appleton.** — *Histoire de la propriété Prétorienne et de l'action Publi-cienne.* Paris, 1889, 2 vol. in-8.
- Assises de Jérusalem.** — Edition Beugnot. Paris, 1843, 2 vol. in-folio.
- Aubépin.** — *De l'influence de Du Moulin sur certains points de droit ci-vil. Révocation pour survenance d'enfant.* Revue critique de législation et de jurisprudence. Tome VII. Paris, 1855, in-8.
- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français.* 4^e édition. Paris, 1883, 8 vol. in-8.
- Automne.** — *La conférence du droit français avec le droit romain, civil et canon*, par Bernard Automne, avocat au parlement de Bordeaux. Paris, 1643, 2 vol. in-folio.
- Bacquet.** — *Œuvres de Jean Bacquet.* Paris, 1644, 1 vol. in-folio.
- Baluze.** — *Capitularia Regum francorum.* Paris, 1677, 2 vol. in-folio.
— *Histoire généalogique de la maison d'Auvergne.* Paris, 1708, 2 vol. in-folio.
- Bathie.** — *Révision du code Napoléon.* Revue critique de législation et de jurisprudence. Tome XXVIII. Paris, 1866, 1 vol. in-8.
- Bauby.** — *De la donation à cause de mort sous le Code Napoléon.* Revue critique de législation et de jurisprudence. Paris, 1856.
- Beaune.** — *Droit coutumier français.* La condition des personnes. La condition des biens. Les contrats. Paris, 1882, 1886, 1889, 3 vol. in-8.
- Bluhme.** — *Die westgothische Antiqua oder das Gesetzbuch Reccared des ersten.* Halle, 1847, 1 vol. in-8.
- Boissonade.** — *Histoire des droits de l'époux survivant.* Paris, 1874, 1 vol. in-8.
- Boniface.** — *Arrêts notables de la Cour du parlement de Provence.* Lyon, 1708, 2 vol. in-folio.

- Boucher d'Argis.** — *Traité des gains nuptiaux qui sont en usage dans les pays de Droit Écrit.* Lyon, 1738, 1 vol. in-4.
- Boullenois.** — *Questions sur les démissions de biens.* Paris, 1727, 1 vol. in-8.
- Boutaric** (François de). — *Explication des ordonnances de Louis XV, concernant les donations.* Avignon, 1744, 1 vol. in-4.
- Bracton.** — *De legibus et consuetudinibus Angliæ libri quinque.* Londres, 1640, 1 vol. in-4.
- Bretonnier.** — *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les divers tribunaux du royaume.* Paris, 1718, 1 vol. in-12.
- Bufoir.** — *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain.* Paris, 1866, 1 vol. in-8.
- Cambolas** (de). — *Décisions notables sur diverses questions de droit, jugées par plusieurs arrêts du parlement de Toulouse.* Toulouse, 1744, 1 vol. in-4.
- Canciani.** — *Barbarorum leges antiquæ.* Venise, 1781, 1782. 5 vol. in-folio.
- Caseneuve.** — *Instructions pour le Franc-Alleu de la Province de Languedoc.* Toulouse, 1645, 1 vol. in-4.
- Cartulaire de l'abbaye de Beaulieu,** publié par Maximin Deloche. Paris, 1859, 1 vol. in-4.
- Cartulaire de l'abbaye de Lérins,** publié par Moris et Blanc. Paris, 1883, 1 vol. in-4.
- Cartulaire de l'abbaye de Savigny et d'Ainay,** publié par Bernard. Paris, 1853, 2 vol. in-4.
- Cartulaire de l'abbaye de Saint-Victor de Marseille,** publié par Guérard. Paris, 1857, 2 vol. in-4.
- Cartulaire du chapitre de l'église cathédrale de N.-D. de Nîmes,** publié par Germer-Durand. Nîmes, 1875, 1 vol. in-4.
- Cartulaires de l'église cathédrale de Grenoble, dits cartulaires de Saint-Hugues,** publiés par Jules Marion. Paris, 1869, 1 vol. in-4.
- Catellan** (de). — *Arrests remarquables du parlement de Toulouse.* Toulouse, 1705, 2 vol. in-4.
- Chénon.** — *Etude sur l'histoire des alleux en France, avec une carte des pays allodiaux.* Paris, 1888, 1 vol. in-8.
- Cicéron.** — *De officiis.* Œuvres complètes de Cicéron. Tome IV. Collection des auteurs latins avec la traduction française, sous la direction de M. Nisard. Paris, 1841, in-4.
- Cluny.** — *Recueil de Chartes de l'abbaye de Cluny.* Bernard et Bruel. Paris, 1876, 1880, 1884, 1888, 1894, 5 vol. in-4.
- Coquille.** — *Les œuvres de Maître Guy Coquille.* Bordeaux, 1703, 2 vol. in-folio.
- Cottigny** (Jean). — *Des donations entre époux.* Thèse, Paris, 1876, 1 vol. in-8.
- Cujas.** — *Jacobi Cujacii opera.* Naples, 1758, 11 vol. in-fol.
- Cuq.** — *Les institutions juridiques des Romains.* Paris, 1891, 1 vol. in-8.

- Delalande** (Jacques). — *Coutumes des Duché, Bailliage, Prévosté d'Orléans*. Orléans, 1673, 1 vol. in-folio.
- Demolombe**. — *Traité des donations entre vifs et des testaments*. Paris, 1876, 6 vol. in-8.
- Denisart**. — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*. 9^e édition. Paris, 1775, 4 vol. in-4.
- Desjardins**. — *Recherches sur l'origine de la règle donner et retenir ne vaut*. Revue critique de législation et de jurisprudence. Tome XXXIII. Paris, 1868.
- Doublet**. — *Histoire de l'abbaye de Saint-Denis en France*. Paris, 1625, 1 vol. in-4.
- Du Moulin**. — *Caroli Molinæi opera*. Paris, 1681, 5 vol. in-folio.
- Dupin** (P.). — *Traité des peines de secondes noces*. Paris, 1734, 1 vol. in-4.
- Durandi**. — *Speculum juris*. Augustæ Taurinorum. 1578, 2 vol. in-folio.
- Duverdy**. — *Recherches historiques sur la quotité disponible dans l'ancien droit français*. Revue historique de droit français. Paris, 1855, 1856, in-8.
- Esbach**. — *Notice historique sur l'institution contractuelle*. — Revue de législation. Tome XI. Paris, 1840.
- Esmein**. — *Cours élémentaire d'histoire du droit français*. Paris, 1892, 2 vol. in-8.
- *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*. Nouvelle revue historique du Droit. Paris, 1880, 1881, in-8.
- Espeisses** (Antoine d'). — (*Œuvres de M. Antoine d'Espeisses, avocat et jurisconsulte de Montpellier*). Lyon, 1750, 3 vol. in-folio.
- Faber** (Johannes). — *Johannis Fabri codicis Breviarium*. Lyon, 1594, 1 vol. in-4.
- Fabre** (le Président). — *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae Senatu tractatarum*. Coloniae Allobrogum. 1740, 1 vol. in-folio.
- Fenet**. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Paris, 1827, 15 vol. in-8.
- Fromental**. — *Décisions du droit civil, canonique et français, par ordre alphabétique avec des observations sur l'ancienne et la nouvelle jurisprudence des pays qui se régissent par le Droit Écrit*. Lyon, 1740, 1 vol. in-folio.
- Furgole**. — *Ordonnance de Louis XV sur les donations de 1731 avec des observations*. Toulouse, 1761, 1 vol. in-4.
- *Questions remarquables sur la matière des donations*. Toulouse, 1761, 1 vol. in-4.
- *Traité des testaments, codicilles, donations à cause de mort*. Nouvelle édition. Paris, 1777, 4 vol. in-4.
- *Traité de la seigneurie féodale universelle et du franc-alleu naturel*. Œuvres de Furgole. Tome V. Paris, 1775, 1 vol. in-8.

Gallia Christiana. — Paris, 1716, 1865, 16 vol. in-folio.

Gide (Paul). — *Etude sur la condition privée de la femme.* 2^e édition revue par A. Esmein. Paris, 1885, 1 vol. in-8.

Girard. — *Manuel élémentaire de droit Romain.* Paris, 1896, 1 vol. in-8.

Giraud (Charles). — *Essai sur l'histoire du Droit français au moyen-âge.* Paris, 1846, 2 vol. in-8.

Glasson. — *Etude sur les donations à cause de mort.* Paris, 1870, 1 vol. in-8.

— *Etudes de droit civil. Les donations à cause de mort. Revue pratique de droit français.* Tomes 36-37. Paris, 1873-1874, in-8.

Glotin. — *Les syndicats professionnels.* Paris, 1892, 1 vol. in-8.

Godefroy (Jacques). — *Code Théodosien.* Editio Jacobi Gothofredi. Mantuæ, 1740.

Grenier. — *Traité des donations, des testaments et de toutes autres dispositions gratuites, précédé d'un discours historique sur l'ancienne législation relative à cette matière.* 4^e édition, par Bayle Mouillard. Clermont-Ferrand. 1844-1847, 4 vol. in-8.

Guichenon. — *Histoire de Bresse et du Bugey.* Lyon, 1650, 1 vol. in-folio.

Guizot. — *Essais sur l'histoire de France.* Paris, 1868, 1 vol. in-8.

Guyot. — *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence.* Paris, 1784, in-4.

Guy-Pape. — *Guidonis Papæi decisiones Senatus Delphini.* Lugduni, 1610, 1 vol. in-folio.

— *Jurisprudence du célèbre conseiller dans ses décisions, par Chorier.* Lyon, 1692, 1 vol. in-4.

Henrion de Pansey. — *Dissertations féodales.* Paris, 1789, 2 vol. in-4.

Henris. — *Œuvres de Claude Henris, conseiller du roi et son premier avocat au bailliage et siège présidial du Forez, avec des observations de J. Bretonnier.* Paris, 1738, 5^e édit., 4 vol. in-folio.

Hœnel. — *Lex Romana Wisigothorum.* Leipsig, 1848, 1 vol. in-folio.

Imbert (Jean). *Enchiridion du droit écrit gardé ou abrogé en France, augmenté par Guénois.* Genève, 1641, 1 vol. in-4.

Klimrath. — *Etude sur les coutumes, avec une carte de la France coutumière.* Paris, 1837, 1 vol. in-8.

Laferrière. — *Histoire du droit civil de Rome et du droit français.* Paris, 1847-1858, 6 vol. in-8.

Lamoignon (de). — *Recueil des arrêtés de M. le Premier président de Lamoignon.* Paris, 1777, 1 vol. in-4.

Lamothe (les frères). — *Coutumes du Ressort du parlement de Guienne par deux avocats au même parlement.* Bordeaux, 1768, 2 vol. in-8.

Lapeirère (Abraham). — *Décisions sommaires du Palais mises par ordre alphabétique, illustrées de notes et plusieurs arrêtés de la cour du parlement de Bourdeaux.* Bordeaux, 1675, 1 vol. in-folio.

- Larnau de.** — *Etude sur la publicité des donations.* Thèse. Paris, 1876, 1 vol. in-8.
- Laurière** (Eusèbe de). — *Traité des Institutions contractuelles et des substitutions contractuelles.* Paris, 1765, 2 vol. in-12.
- Le Bruu.** — *Traité des successions.* Paris, 1775, 1 vol. in-folio.
- Le Caron** (Louis Charondas). — *Réponses et décisions du droit français. Mémoires observations du droit français.* Paris, 1637, 1 vol. in-fol.
- Loisel.** — *Institutes Coutumières d'Antoine Loisel*, avec les notes d'Eusèbe de Laurière, éd. Dupin et Laboulaye. Paris, 1846, 2 vol. in-8.
- Malleville.** — *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat.* 2^e éd., Paris, 1807, 4 vol. in-8.
- Marezoll.** — *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains*, traduit et annoté par C. A. Pellat. 2^e édit., Paris, 1852, 1 vol. in-8.
- Marini.** — *Ipapiri diplomatici raccolti ed illustrati dell' Abbate Gaetano Marini.* Roma, 1805, 1 vol. in-folio.
- Martel.** — *Etude sur l'enregistrement des actes de droit privé dans les gesta municipalia en droit romain.* Thèse, Paris, 1877, 1 vol. in-8.
- Martène et Durand.** — *Veterum scriptorum et monumentorum amplissima collectio.* Paris, 1724, 1733, 9 vol. in-folio.
- Maynard.** — *Notables et singulières questions de Droit écrit, jugées au parlement de Toulouse conférées avec les préjugés des autres parlements de France.* Toulouse, 1751, 2 vol. in-folio.
- Maynz.** — *Cours de droit Romain.* 4^e édition, Bruxelles, 1876-1877, 3 vol. in-8.
- Merlin.** — *Recueil alphabétique des questions de droit.* 4^e éd., Paris, 1828, in-4.
- *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.* 5^e éd. Paris, 1827, in-4.
- Mornac.** — *Antonii Mornacii, in senatu parisiensi patroni, observationes in viginti quatuor priores libros digestorum et in quatuor priores libros codicis.* Paris, 1721, 4 vol. in-folio.
- Noirot.** — *Des formes des donations entre vifs.* Thèse. Paris, 1830 1 vol. in-8.
- Olive** (d'). *Œuvres de Me Simon d'Olive.* Toulouse, 1638, 1 vol. in-folio.
- Orelli** (Jean Gaspard d'). — *Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio.* Zurich, 1828, 2 vol. in-8.
- Ortolan.** — *Explication historique des Institutes.* Paris, 1857, 3 vol. in-8.
- Papon** (Jean). — *Instrument du notaire.* Livre V : des donations. Lyon, 1576, 3 vol. in-folio.
- *Arrests notables des cours souveraines de France.* Livre XI, des donations, 1 vol. in-12.
- Pardessus.** — *Diplomata, Chartæ, Epistolæ, leges aliaque instrumenta ad res gallo-francias spectantia.* Paris, 1843, 1849. 2 vol. in-folio.
- *Notice sur les manuscrits de formules suivie de 14 formules inédites.* Bibliothèque de l'école des Chartes. Tome IV, Paris, 1842, 1 vol. in-4.

- Pellat.** — *Exposé des principes généraux du droit Romain sur la propriété.* Paris, 1853, 1 vol. in-8.
- Perréciot.** — *De l'état civil des personnes et de la condition des terres dans les Gaules.* Besançon, 1786, 2 vol. in-4.
- Pertz.** — *Monumenta Germaniæ historica.* Hannoveræ, 1863, 4 vol. in-folio.
- Petri Exceptiones.** — Savigny. *Histoire du droit romain au moyen-âge.* Traduction Guénoux. Tome IV, in fine. Paris, 1839.
- Polybe.** — *Polybii historiarum reliquiæ, græce et latine cum indicibus.* Scriptorum græcorum bibliotheca. Paris, 1859, 1 vol. in-4.
- Pothier.** — *Œuvres.* Edit. Bugnet. Paris, 1861, 10 vol. in-8.
- Prost.** — *L'Immunité.* Nouvelle Revue historique de droit. Tome VI. Paris, 1882, 1 vol. in-8.
- Raynouard.** — *Histoire du droit municipal en France.* Paris, 1829, 2 vol. in-8.
- Renaud.** — *Recherches historiques sur la formalité de l'enregistrement au moyen-âge.* Revue de législation ancienne et moderne. Paris, 1872.
- Ricard.** — *Traité des donations entre vifs et testamentaires, avec des notes et additions de M. Bergier.* Riom, 1783, 2 vol. in-folio.
- Roche-Flavin** (de la). — *Arrests notables du parlement de Toulouse.* Toulouse, 1745, 1 vol. in-4.
- Roussilhe.** — *La Jurisprudence des donations entre vifs.* Avignon 1785, 3 vol. in-12.
- Rouvière** (Arnauld de la). — *Traité de la Révocation des donations par la naissance ou survenance des enfants.* Œuvres de Ricard. Tome I. Riom, 1783, 2 vol. in-folio.
- Rozière** (Eugène de). — *Formules wisigothiques inédites publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque de Madrid.* Paris, 1854, in-8, de 4 feuillets.
- *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs, du V^e au X^e siècle.* Paris, 1859-1881, 3 vol. in-8.
- Saintespès-Lescot.** — *Des donations entre vifs et des testaments.* Paris, 1855, 3 vol. in-8.
- Sallé.** — *L'Esprit des deux ordonnances de Louis XV sur les donations et sur les testaments.* Paris, 1752, 3 vol. in-12.
- Savigny** (de). — *Histoire du Droit romain au moyen-âge.* Traduction Guénoux. Paris, 1839, 4 vol. in-8.
- Savigny** (de). — *Traité de Droit romain.* Traduction Guénoux. Paris, 1851, 8 vol. in-8.
- Sénèque le Philosophe.** — *Œuvres complètes.* Collection des auteurs latins avec la traduction en français publiée sous la direction de M. Nisard. Paris, 1838, 1 vol. in-4.
- Serrigny.** — *Droit public et administratif romain.* Paris, 1862, 2 vol. in-8.
- Stouff.** — *Etude sur la formation des contrats par l'écriture dans le droit*

des formules du Ve au XIIe siècle. Nouvelle revue historique du droit. Paris, 1887.

Tacite. — *Annales. Œuvres complètes de Tacite.* Collection des auteurs latins avec la traduction française sous la direction de M. Nisard. Paris, 1850, 1 vol. in-4.

Tardif. — *Coutumes de Toulouse.* Paris, 1884, 1 vol. in-8.

Térence. — *Publii Terentii Comædiæ.* Edition Lemaire. Paris, 1827, 2 vol. in-8.

Tiraqueau. — *Andreæ Tiraquelli commentarii in l. si unquam.* Lyon, 1574, 1 vol. in-folio.

Tissier (Théodore). — *Etude sur les dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique dans le droit ancien.* Nouvelle revue historique de droit. Tome XV. Paris, 1891, in-8.

Tite-Live. — *Histoire Romaine. Œuvres de Tite-Live.* Collection des auteurs latins avec la traduction française sous la direction de M. Nisard. Paris, 1839, 2 vol. in-4.

Toullier. — *Le droit civil Français.* Paris, 1821, 20 vol. in-8.

Vaissette (Dom). — *Histoire générale du Languedoc.* Paris, 1730, 5 vol. in-folio.

Valbonays (de). — *Histoire du Dauphiné.* Genève, 1721, 2 vol. in-folio.

Viолlet (Paul). — *Précis de l'histoire du droit français. Sources. Droit privé.* Paris, 1886, 1 vol. in-8.

Virgile. — *Les œuvres de Virgile.* Texte latin avec notes par E. Benoist. Paris, 1869, 3 vol. in-8.

Walter. — *Corpus Juris Germanici.* Berlin, 1824, 3 vol. in-8.

INTRODUCTION

Parmi les divers contrats dont le Code Civil contient l'énumération et les règles, la donation présente une physionomie à part. Forme, capacité, quotité disponible, révocation, sur tous ces points la loi entoure de précautions le donateur, le contraint d'affirmer plus énergiquement sa volonté, lui demande plus de maturité dans le jugement, l'empêche de dépouiller sa famille la plus proche, l'oblige enfin à un dessaisissement complet et sans retour. Cette intervention de la loi se justifie par la nature même du contrat de donation : tandis que, dans les contrats à titre onéreux où il veut recevoir l'équivalent de ce qu'il donne, l'homme se trouve défendu par son intérêt particulier ; il n'a point la même sauvegarde dans les contrats de bienfaisance ; rien ne le protège alors contre les entraînements du cœur et l'obsession du tiers. Aussi le législateur a-t-il réglé la faculté de donner d'une manière plus rigoureuse que celle de disposer à titre onéreux, et, tout en laissant une liberté plus ou moins grande aux sentiments généreux, a-t-il prescrit des formes protectrices, établi des restrictions, créé en un mot un système dans lequel les parties intéressées et les familles trouvent des garanties salutaires.

Cette intervention fréquente du législateur est précisément ce qui donne à l'étude de l'histoire des donations un attrait tout spécial. Il nous a donc semblé qu'il serait intéressant de résumer les modifications que la donation a subies dans le cours des siècles en étudiant surtout les réformes de Justi-

nien, la législation des pays de droit écrit et l'ordonnance de 1731. Nous nous acheminons ainsi vers l'unité qu'a réalisée le Code Civil et nous trouverons une fois de plus la confirmation de cette maxime de Portalis : « Les Codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas » ¹.

On peut définir la donation un acte de libéralité par lequel une personne entend se dépouiller de tout ou partie de son patrimoine en faveur d'une autre personne. La donation implique donc trois conditions essentielles : une intention de libéralité, une aliénation par le donateur, c'est-à-dire, dans un sens large, « l'abandon d'un droit ou l'acceptation d'une charge quelconque, » ² une acquisition par le donataire.

Cette définition suffirait à caractériser les donations entre vifs. Mais les Romains connaissaient une autre classe de donations, les donations *mortis causa*. C'est même par cette distinction fondamentale que s'ouvre le titre des Institutes de Justinien sur la matière : *Est et aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera : mortis causa et non mortis causa* (pr. *Inst.* 2. 7). La donation à cause de mort, telle que nous l'entendrons dans ce travail, est une libéralité faite par une personne en vue de la mort, que cette personne soit sur le point ou non de courir un danger déterminé, ordinairement révocable au gré du donateur, et nécessairement caduque par le prédécès du donataire ³.

Dans cette définition, trois caractères sont en réalité spécifiques : la donation *mortis causa* est une libéralité, en vue de la mort, caduque par le prédécès du donataire. Les autres modalités sont ordinaires, mais non nécessaires. Ainsi la crainte d'un danger, signalée par Justinien lui-même dans l'exemple classique de la donation à cause de mort, faite par Télémaque à Pirée (§ 1, *Inst.* 2. 7), ne se retrouve pas dans une des trois hypothèses du jurisconsulte Julien : *Julianus*

1. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. 476.

2. Accariaš, *Précis de Droit romain*, 4^e éd., § 301, t. I, p. 784.

3. Nous empruntons cette définition à l'*Etude* de M. Glasson *Sur les Donations à cause de mort*, p. 11.

libro septimo decimo Digestorum tres esse species mortis causa donationum ait : unam quam quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed solo cogitatione mortalitatis donat. (2. D. 39. 6). De même le donateur peut s'interdire le droit de révoquer : *et sic donari potest ut non aliter reddatur, quam si prior ille, qui accepit, decesserit* (35. § 4. D. 39. 6; Nov. 87).

Les donations, surtout les donations entre vifs, n'étaient pas dans les habitudes juridiques des Romains. Les auteurs littéraires eux-mêmes le constatent. « On peut être bien-faisant de deux manières, écrit Cicéron, en rendant des services ou en donnant de l'argent. Ce dernier moyen est le plus facile, surtout pour un riche, mais le premier est plus noble, plus relevé, plus digne d'un homme de cœur et d'un grand citoyen. On reconnaît dans tous les deux la volonté de faire du bien, la marque de la générosité, mais il y a cette différence qu'ici c'est la bourse qui est en jeu, et là c'est la vertu. Et d'ailleurs les largesses que vous tirez de votre fortune tarissent la source même des bienfaits¹. » Voilà la théorie philosophique romaine. Polybe va nous faire connaître comment elle est mise en pratique dans les mœurs : parlant des libéralités faites par Scipion à sa mère, il ajoute : *Atque id cum ubique præclarum, tum Romæ inprimis admirabile videatur esse, quò in Urbe nemo quidquam sponte alteri de suo donat*².

On donne souvent comme motif de cette rareté relative des donations l'égoïsme de la race romaine, l'âpre passion du gain qu'elle avait conservée de son origine première, cette *auri sacra fames* dont nous parlent ses poètes³. Nous croyons qu'on en peut fournir deux autres explications tirées, l'une de la difficulté des aliénations à l'origine du droit romain, l'autre de l'incapacité pour les personnes *alieni juris* de conserver pour elles-mêmes le bénéfice de la donation.

1. Cicéron, *de officiis*, II, 45.

2. Polybe, XXXII, 12-9. Traduction latine *Polybii historiarum reliquæ græce et latine cum indicibus*.

3. Virgile, *Enéide*, livre III, v. 57.

Peut-être dans les premiers temps de Rome, et dans l'Italie avant l'existence de Rome, la terre était-elle inaliénable comme en Grèce. Plus tard, on a permis de vendre le domaine, mais il fallut, encore, pour cela, des formalités d'un caractère religieux. Cette vente ne pouvait avoir lieu qu'en présence du *libripens* et avec tous les rites symboliques de la mancipation. Parmi ces rites, nous trouvons la présence de cinq témoins, témoins muets, je le veux bien, à l'époque où nous les connaissons, mais attestant encore l'ancienne intervention des cinq classes du peuple pour autoriser ou refuser l'aliénation ¹. Or, il est très certain qu'à l'origine, à cette époque où la copropriété familiale était dans toute sa force, les aliénations à titre gratuit, les donations devaient être mal vues et que le peuple ne devait pas les autoriser. Ce qui tendrait à le prouver, c'est que la fiction de la mancipation suppose une translation de propriété à titre onéreux, ainsi que l'indique la pesée du métal et la présence de la chose mancipée.

Nous retrouvons cette nécessité de l'intervention du peuple dans le testament *calatis comitiis*. Mais qu'on ne s'y trompe point, si le peuple autorisait les libéralités testamentaires, c'était pour continuer la famille, pour maintenir les biens, à défaut d'un héritier du sang, entre les mains d'un continuateur choisi des *sacra privata*. Ces motifs ne se retrouvent point dans les libéralités entre vifs. Quand la propriété, ainsi que cela paraît avoir eu lieu à l'époque royale de l'histoire de Rome, ne repose pas exclusivement sur l'intérêt individuel, mais « sur l'intérêt d'une famille tout entière ² », les donations sont inconnues; plus tard, alors même que la propriété familiale disparaît dans les lois, elles

1. Cette explication des cinq témoins est d'ailleurs discutable. M. Girard la considère « comme une conjecture gratuite et démentie par les faits ». M. Girard *Manuel élémentaire de Droit romain*, fascicules, I, II, III. Paris, 1896, p. 276, note 3. « Il est plus vraisemblable, dit M. Cuq, que les témoins de la mancipation étaient tout simplement des voisins. » M. Cuq, *les Institutions juridiques des Romains*. Paris, 1891, pp. 256-257.

2. M. Cuq, *les Institutions juridiques des Romains*. Paris, 1891, page 400, livre I, ch. III-II. La propriété.

restent, chose fort rare dans les mœurs, les habitudes d'un peuple survivant toujours aux faits juridiques qui les ont engendrées.

Ajoutons encore que la donation est essentiellement faite *intuitu personæ*; si je donne c'est pour faire parvenir l'avantage de ma libéralité au donataire; or, dans l'ancien droit romain, le bénéfice de la donation reste bien souvent en route. La donation faite au fils de famille, à la femme *in manu*, à l'homme libre *in mancipio*, va enrichir le chef de famille sous la puissance duquel se trouvent ces personnes *alieni juris*. On comprend que, dans ces circonstances, la bonne volonté des donateurs se lasse aisément et que la donation disparaisse de la pratique du droit.

Quelle que soit du reste l'explication qu'on donne de la rareté des libéralités entre vifs à Rome, « il n'en reste pas moins certain que la convention de donation n'avait paru ni assez utile, ni assez usitée pour mériter d'être classée parmi les contrats ¹ », elle était restée un pacte nu, dépourvu par lui-même d'action.

N'en concluons pas toutefois qu'on ne faisait pas de donations. Cette conclusion serait peut-être vraie dans notre droit moderne, où le Code Civil est un catalogue des contrats usuels: à Rome, elle serait certainement inexacte, car, à côté du domaine du droit strict, il y a celui où évoluent avec souplesse les magistrats et les jurisconsultes.

M. de Savigny a résumé, précisément à ce point de vue pratique, les caractères originaux de la donation dans les trois propositions suivantes:

« a) La donation a été très anciennement soumise à diverses restrictions et surtout à des formalités spéciales pour la déclaration de volonté.

« b) La donation est prohibée entre époux, tandis que tous les autres actes juridiques leur sont permis.

« c) La donation peut être révoquée dans certains cas et

1. M. Accarias, *Précis de Droit romain*, 4^e éd., tome I, p. 787, § 302.

pour des motifs spéciaux, tandis que dans ces mêmes cas tout autre acte juridique serait irrévocable ¹. »

Dans l'impossibilité où nous sommes de faire, dans une introduction, une étude approfondie du droit avant Justinien nous nous attacherons à ces trois caractères spécifiques pour apprécier les évolutions successives des donations.

1^o *Forme*. — Nous venons de dire que la donation est restée pendant longtemps un pacte nu. Il est particulièrement intéressant d'examiner les procédés employés par les jurisconsultes pour donner l'existence à des libéralités qu'ils affectent d'ignorer en droit. Ces procédés ne sont que la mise en mouvement des formes ordinaires de la dation, de l'obligation, de la libération. Le moteur seul a changé : c'est l'intention libérale au lieu d'être le désir du lucre.

Dando, le donateur transfère au donataire, soit la propriété quiritaire ou bonitaire, soit tout autre droit réel civil ou prétorien. Il emploie pour ce transfert les modes du droit commun, la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, la *traditio*.

Il semble qu'on pourrait rattacher à la classe des donations opérées par voie de dation le transfert des créances à titre gratuit. Le donataire agirait alors, dans ce cas, comme *procurator in rem suam*. Mais « tandis que, faite à titre onéreux, la cession de créance devient irrévocable dès qu'elle a été signifiée au débiteur et que, même indépendamment de toute signification, elle se transmet aux héritiers du cessionnaire, faite à titre gratuit elle est gouvernée dans le droit classique par les principes du mandat et, en conséquence : 1^o le donateur la révoque à volonté. Tel était encore le droit à l'époque de Papinien (*Frag. Vat.* § 263); 2^o elle n'est pas transmissible aux héritiers du donataire. Telle fut la règle jusqu'à Justinien (33. *C. de don.* 8. 54). La donation par cession de créance n'arrivait donc à la perfection que par le paiement fait au donataire ou par la *litis contestatio* engagée entre lui et le débiteur ². »

1. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, tome IV, pp. 5 et 6, § 112.

2. Accarias, *Précis de droit romain*, tome I, p. 788, § 302, note 1.

Promittendo, le donateur contracte une obligation *verbis* ou *litteris* à l'égard du donataire ; il s'oblige envers le créancier du donataire, il contraint son débiteur à s'obliger envers le donataire, ou enfin il exige de son débiteur un engagement à l'égard du créancier du donataire.

Liberando, le donateur décharge le donataire de la dette qu'il a contractée envers lui. Il le libère en éteignant la créance dans une acceptilation ou en faisant naître en sa faveur une exception dans le pacte de *non petendo*.

Ces procédés employés pour réaliser les donations entre vifs ou à cause de mort ont subsisté, officiellement, si je puis employer cette expression, jusqu'à Justinien, qui a fait de la simple convention de donation un contrat spécial engendrant par lui-même des obligations.

Mais entre ces deux points extrêmes se placent trois modifications importantes : *le régime de la loi Cincia*, *la rédaction par écrit des donations* et *la nécessité de l'insinuation*.

En l'an 550 de Rome, les donations s'étaient-elles multipliées d'une façon extraordinaire, appauvrissant ainsi les familles ? Une libéralité particulièrement scandaleuse avait-elle soulevé l'opinion publique romaine ? Peut-être, la donation d'Anne d'Allègre à Georges de Clermont a bien été l'occasion de l'Édit des Secondes Noces. Voulut-on, dans une mesure générale contre les donations, atteindre plus spécialement les libéralités faites aux avocats ? Peut-être aussi, Tacite nous dit en effet, à propos d'une nouvelle mise en vigueur de la loi *Cincia*, « que dans ce trafic général, rien ne se mettait à si haut prix que la perfidie des avocats, au point que Samius, chevalier romain du premier rang, donna quatre cent mille sesterces à Suilius, qui le trahit pour une somme plus forte, et Samius, de désespoir, se perça de son épée dans la maison même de ce traître. Ces excès pourtant réveillèrent l'attention des sénateurs. Ils sollicitèrent l'exécution de l'ancienne loi *Cincia*, qui défend aux orateurs de recevoir ni argent, ni présents » ¹. La loi *Cincia* eut-elle au

1. Tacite, *Annales*, XI, § 5.

contraire un but politique, fut-elle la revanche du peuple contre les exactions des patriciens qui avaient le monopole de la défense en justice et en profitaient pour rançonner la plèbe? Tite-Live semble donner raison à cette dernière opinion : « Pourquoi la loi *Cincia* a-t-elle prohibé les cadeaux et les présents? Parce que le Sénat s'habitua à lever des impôts et des présents sur les plébéiens. » (Discours de M. Porcius Caton sur l'abrogation de la loi *Oppia* ¹.)

Voulut-on, comme le soutenait ingénieusement M. Laferrière, empêcher les patriciens d'acquérir trop d'influence dans les Comices en leur enlevant la faculté de faire passer par des libéralités de nombreux clients d'une classe dans une autre et de donner ainsi plus de poids à leur vote ²?

Ces motifs sont divers : pour trouver la véritable cause de la loi *Cincia*, nous croyons qu'il faut les réunir tous dans une formule unique, l'abus des donations, et placer la loi, pour l'apprécier à sa juste valeur, dans le milieu qui l'a vue naître. « Au ^{vi}^e siècle les victoires de la République, dont la domination s'étend déjà jusque dans les riches contrées de l'Orient, ont amené un accroissement de fortune considérable dû au développement du commerce et un amour passionné de l'argent que Caton lui-même ne saura réprimer... Avec le luxe qui envahit la société romaine apparaît l'immoralité... La lutte des classes, depuis longtemps commencée, se poursuit sans relâche. C'est aussi à cette époque que commence la ruine de la petite et de la moyenne propriété. Au point de vue législatif, ce qui frappe surtout l'observateur, c'est la sollicitude du législateur qui, dans une série de lois successives, tend à restreindre le droit de disposition à titre gratuit. En 550 on trouve la loi *Cincia*, quelques années après la loi *Furia*, bientôt suivie de la loi *Voconia*, enfin cet essai insuffisant sera complété par la loi *Falcidia*. Au système de liberté absolue consacré par l'ancien droit va se substituer

1. Tite-Live, XXXIV, 4.

2. Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, appendice III, p. 473. Paris, Joubert, 1846.

un système de restriction édicté tout à la fois dans l'intérêt du disposant et de sa famille et dans un but politique ¹. »

La loi *Cincia* range les donations dans trois classes :

1^o Celles qui sont inférieures à une somme déterminée ² ou qui, supérieures à ce maximum, sont faites à certains proches parents énumérés par la loi ³. Ces donations restent soumises au droit commun que nous venons de résumer.

2^o Les donations faites aux avocats. Elles sont prohibées et déclarées nulles.

3^o Les donations dépassant le maximum et gratifiant des donataires qui ne rentrent pas dans les exceptions légales. A ces dernières donations s'applique le système, incomplet suivant les uns, original suivant les autres, de la loi *Cincia*.

Cette loi a-t-elle voulu défendre les donations au delà d'un certain maximum et oublié en même temps de sanctionner sa défense par une nullité, est-elle, en un mot, une *lex imperfecta*? Oui, disent les uns, et à l'appui de leur thèse, ils invoquent le texte d'Ulpien ⁴ rétabli par Cujas : *Imperfecta lex est, veluti Cincia, quæ supra certum modum donari prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit* », ou restitué par Schilling : *Perfecta lex est, quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit, qualis est... Imperfecta lex est, quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, nec poenam iniungit ei qui contra legem fecit ; qualis est lex Cincia quæ plus quam... donari prohibet, exceptis quibusdam, etc.* ⁵.

Mais, reprennent d'autres auteurs ⁶, « au lieu d'imputer au législateur romain une grossière contradiction, au lieu de

1. Noiro, *Des formes des donations entre vifs*, p. 13. Paris, Larose, 1880.

2. Les textes ne permettent pas d'évaluer ce maximum. Tacite, parlant de la mise en vigueur nouvelle de la loi *Cincia* que nous indiquons tout à l'heure, nous dit toutefois : Claude se contenta de borner les libéralités des orateurs et leur permit de prendre jusqu'à 10.000 sesterces, prix au-delà duquel la concussion aurait lieu. Tacite, *Annales*, XI, § 7, *in fine*.

3. *Frag. Vat.*, § 298 à 309.

4. Ulpien, *Regulæ*, pr., § 1, *de leg. et mor.*

5. Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, p. 393, note 7.

6. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 794, note 2.

lui faire tout à la fois prohiber et permettre les donations *ultra modum*, il vaut bien mieux croire qu'il a seulement voulu prévenir des entraînements irréfléchis ». Comment expliquer si la donation *ultra modum* est prohibée absolument « que les valeurs acquises par le donataire ne puissent pas lui être retirées, dans tous les cas, par une *condictio ex injustâ causâ*, que la donation *ultra modum*, soit certainement une *justa causa usucapiendi*, que les Sabiniens aient même songé à contester le caractère populaire de l'exception *legis Cinciae* », que la mort du donateur rende la donation parfaite? Ces questions trouvent, au contraire, une solution vraisemblable, si l'on admet que la loi a voulu garantir le donateur contre les imprudences du premier mouvement, lui donner le moyen de revenir sur sa libéralité par une voie détournée et respecter sa volonté quand elle s'est confirmée par l'épreuve du temps. Reste, il est vrai, le texte d'Ulpien, mais, même en le prenant dans le sens que nous proposent Cujas et Schilling, il constate simplement que la loi *Cincia* défend et n'annule pas, *prohibet, non rescindit* : faut-il pour cela reprocher un oubli au tribun Cincius Alimentus? Une défense n'a pas pour corollaire nécessaire une nullité et le Code Civil, lui aussi, a créé des empêchements prohibitifs dont la violation n'entraîne pas une nullité et parfois même ne donne ouverture qu'à des conséquences discutables ¹. C'est là, dans le droit romain comme dans le droit français, la manifestation d'une tendance du législateur à peser par des prescriptions, même dénuées de sanction, sur les mœurs d'un peuple. On peut critiquer cette tendance comme inutile ou dangereuse, mais on ne doit y voir ni une inconséquence, ni un oubli.

Quelles qu'aient été, du reste, les intentions du tribun Cincius, sa réforme a eu pour résultat de munir le donateur d'une défense indirecte contre la donation *ultra modum*, faite à une personne non exceptée, en créant l'exception

¹. Par exemple l'art. 348 C. C. prohibant le mariage de l'adopté, avec les proches parents de sa famille adoptive. Demolombe, *Traité du mariage*, t. I, § 338.

legis Cinciae. Cette juxtaposition d'une exception aux principes déjà existants dans la matière des donations a entraîné des combinaisons et des réactions qu'il serait particulièrement intéressant d'étudier. Malheureusement, cette étude nous entraînerait trop loin dans une simple introduction, contentons-nous de résumer en deux propositions le système de la loi *Cincia* :

Le donataire a-t-il besoin d'intenter une action pour obtenir le bénéfice de la libéralité ? Le donateur peut paralyser son action par l'exception *legis Cinciae*. Le donataire a-t-il reçu le bénéfice de la donation ? Le donateur peut employer pour recouvrer ce bénéfice tous les moyens de droit commun qui seraient restés entre ses mains s'il n'y avait pas eu donation. Ajoutons toutefois que, dès l'époque de Papinien et d'Ulpien, la volonté libérale du donateur, si elle persiste jusqu'à son décès, couvre la nullité de la donation : *morte Cincia removetur* ¹.

Au point de vue de l'histoire du droit moderne, la loi *Cincia* n'a du reste été qu'un épisode sans influence. Peu à peu, elle est tombée en désuétude, ne laissant point de traces durables derrière elle et Justinien constate sans regret son abandon : *Animum quoque advertimus et ad Cinciae legis vetiris legislationem quam benefaciens a sua legislatione removit dudum respublica* ². Tacite, dans ses *Annales*, signalait déjà l'inobservation des prescriptions de la loi *Cincia* ³.

Les trois innovations que nous allons rencontrer ont, au contraire, servi de base à la réforme de Justinien. On peut même les considérer comme les prémisses lointaines des articles 938, 931 et 939 du Code Civil.

Antonin le Pieux fit de la convention de donner entre les ascendants et descendants un pacte obligatoire sans emploi de la stipulation ou d'aucun moyen civil de créer les obligations à la seule condition qu'elle eût été écrite et l'écrit

1. *Frag. Vat.*, §§ 259, 266, 312.

2. Nov. 162, cap. 1, pr.

3. Tacite, *Annales*, XI, § 5.

remis au donataire¹. À défaut d'écrit, il faut employer les anciens procédés et la rédaction de l'*instrumentum* ne saurait être suppléée même par une déclaration devant le magistrat, *professio donationis apud acta facta* (4. C. Th. 8. 12; *Frag. Vat.*, §§ 249, 297, 314). « La donation dûment acceptée, dira plus tard l'article 938 du Code Civil, sera parfaite par le seul consentement des parties. » Toutefois il faut bien s'entendre sur ce mot parfaite. Parfaite, dans la réforme d'Antonin le Pieux, ne signifie pas que la donation transfère de plein droit, sans tradition, la propriété. C'est là le sens de l'art. 938 qui s'empresse d'ajouter : « La propriété des objets donnés sera transférée au donataire sans qu'il soit besoin d'autre tradition. » L'esprit des jurisconsultes romains n'est pas encore mûr pour cette réforme : il faudra pour y arriver les longs ménagements de l'ensaisinement fictif et des clauses de dessaisine-saisine. Parfaite, pour Antonin le Pieux, veut dire que la simple convention de donation engage le donateur et fait naître une action avec profit du donataire. La réforme est déjà considérable et nous y pouvons voir le germe de la théorie qui, se développant à travers les siècles, inspirera l'article 938.

Constance Chlore exigea, à peine de nullité, l'insinuation de la donation. Il s'agissait des donations faites à d'autres que les *personæ exceptæ*. Ici aussi la règle romaine a survécu dans le Code Civil, mais en se restreignant : l'insinuation est devenue la transcription de l'art. 939 ; elle n'est exigée que pour les donations de biens susceptibles d'hypothèques. L'enregistrement fiscal est exigé pour toutes les donations. L'insinuation est la première manifestation de l'intérêt porté par le législateur aux tiers étrangers à la donation².

Puisque les donations devaient être insinuées, c'est-à-dire

1. « Mais il se peut que la constitution d'Antonin le Pieux ait un sens différent, qu'elle ait par exemple simplement décidé que la donation faite par un ascendant à un descendant pour laquelle il n'aurait pas été fait de stipulation, soit réputée avoir été accomplie par remise de la chose, si le donateur avait remis au donataire un titre écrit constatant cette remise. » M. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 590.

2. C'est là seulement une des raisons de l'insinuation. Voir chap. III, sect. 4, § 2. *But de l'insinuation*.

transcrites, il était naturel qu'elles fussent rédigées par écrit. Constantin l'ordonna en 316 et imposa, en outre de la nécessité de l'écriture et de l'insinuation, la présence de témoins lors de la rédaction de l'acte et de la tradition réelle de l'objet (1. C. Th. 8. 12; *Frag. Vat.* § 249). Cette réforme eut peu de durée et nous n'en trouvons plus trace dans le droit de Justinien. Théodose et Valentinien III se contentèrent de la justification de documents convenables : *etsi sine scripto donatum quid fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur comprobatur* (29. C. 8. 54). Déjà Constantin semblait donner au juge un pouvoir d'appréciation sur la validité de la donation pour laquelle on n'avait point dressé d'acte; il lui recommandait de ne point ajouter foi trop aisément aux déclarations des parties, *temere non erit fides accipienda* (*Frag. Vat.* § 249 *in fine*). Zénon enfin supprima définitivement la présence des témoins toutes les fois que la donation était insinuée : *In donationibus, quæ actis insinuantur, non esse necessarium judicamus vicinos, vel alios testes adhibere, nam superfluum est privatum testimonium cum publica monumenta sufficiant* (31. C. 8. 54).

Nous avons tenu toutefois à insister sur la constitution de Constantin : de la nécessité de l'écriture est née la solennité moderne de l'acte notarié, et les voisins, appelés comme témoins, ont été les ancêtres du second notaire ou des témoins instrumentaires dont la loi du 21 juin 1843 a maintenu la présence effective pour les donations.

Nous n'avons pas parlé à dessein, dans ce rapide exposé, de la donation à cause de mort. On se demande, en effet, si elle a été successivement atteinte par la loi *Cincia*, la réforme d'Antonin le Pieux, l'insinuation.

En ce qui concerne la loi *Cincia*, les textes ne peuvent nous donner aucune indication. Ils sont muets sur la donation à cause de mort, et ce silence a bien son importance, surtout depuis la découverte des *Fragmenta Vaticana* qui ont considérablement éclairci la matière compliquée de cette loi. D'ailleurs, ces donations étant généralement révo-

cables, l'utilité de la loi *Cincia* se trouvait forcément réduite.

La réforme d'Antonin le Pieux aurait eu plus d'importance, mais rien ne prouve qu'elle soit passée du domaine des donations entre vifs dans celui des donations à cause de mort, pas plus les indications que nous avons sur cette réforme elle-même que la constitution où Justinien élargit et complète, comme nous le verrons, l'œuvre de son prédécesseur (35. §5. C. 8. 54).

Enfin, sur la nécessité de l'insinuation dans les donations à cause de mort, les jurisconsultes romains eux-mêmes étaient en désaccord, les uns voulant les rapprocher, en cela, des donations entre vifs, les autres les assimilant davantage aux legs. C'était cette dernière opinion qui tendait à prévaloir et qui déjà avait même été consacrée sur des points spéciaux par des lois, par exemple par les lois *Furia*, *Voconia*, *Falcidia*.

2° *Prohibition des donations entre époux*. — Les variations n'ont pas été moins nombreuses en cette matière que dans la forme des donations. La donation entre époux a été d'abord absolument nulle. A partir de Septime-Sévère, elle a pu être confirmée par la mort du donateur survenue durant le mariage sans changement de volonté.

3° *La révocation des donations*, après avoir été longtemps inconnue ¹, avait été permise par l'empereur Philippe au patron; elle était purement arbitraire, mais bornée aux rapports entre patron et affranchi. Depuis, en 355, le droit absolu du patron avait été restreint au cas de survenance d'enfant. Par contre, en 349, le droit de révocation pour ingratitude était apparu, d'abord en faveur du père et de la mère, et plus tard, en 430, en faveur de tous les ascendants. Ainsi, au commencement du règne de Justinien, la révocation était permise seulement entre patron donateur et affranchi donataire pour survenance d'enfant et entre ascendant et descendant pour ingratitude.

1. L'inexécution des charges dans la donation *sub modo* autorisait le donateur à exercer la *reivindicatio utilis* de l'objet donné (1. C. 8.55), mais jusqu'à Justinien, elle n'était point énumérée parmi les motifs de révocation pour ingratitude.

Justinien s'est borné souvent à généraliser et compléter ces réformes. Aussi, pour déterminer la part qu'il faut lui faire dans l'histoire des donations, avons-nous pensé qu'il était nécessaire de rappeler rapidement le droit antérieur. Ce rapide historique terminé, nous nous placerons à la mort de Justinien pour étudier les donations dans leur classification, leur objet et leurs conditions, dans leur sujet, dans leur forme, dans leurs effets et leur révocation.

Bientôt les réformes de Justinien s'éloigneront de nos regards avant d'avoir pu sortir de la théorie pour devenir la pratique en Occident, le droit antérieur reprendra son empire pendant de longs siècles, jusqu'au jour où la parole des docteurs ranimera, dans la poussière des manuscrits, la législation de Justinien. Elle se mêlera alors, de nouveau, à la vie des affaires qu'elle avait à peine eu le temps de connaître dans nos pays, elle retrouvera dans les prétoires du midi de la France le droit qu'elle avait aboli et qui, par un étrange contraste, lui avait survécu, elle rencontrera la législation canonique déjà formée, elle coudoiera les coutumes germaniques, autrefois apportées violemment du Nord par la victoire ou doucement insinuées par les relations commerciales. Ces différentes influences détermineront, peu à peu, au sud de la Loire, le régime des libéralités entre vifs et lui donneront son originalité. Plus tard, l'ordonnance de 1731, répondant en partie à ce besoin de codification des lois qui accompagne l'unification des races, opérera la fusion entre les principes des pays de Droit Écrit et ceux des pays de droit coutumier sur les donations, et fera prédominer d'une façon très sensible, et malgré quelques résistances, la théorie coutumière sur la théorie de Droit Écrit. Le Code Civil achèvera de faire disparaître, dans cette matière des donations, les différences qui pouvaient subsister comme une dernière trace des doctrines opposées et mettra par conséquent un terme à notre *Etude sur les donations dans la législation de Justinien et dans les pays de Droit Écrit*.

LES DONATIONS

DANS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

ET DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT

PREMIÈRE PARTIE

LES DONATIONS DANS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

CHAPITRE PREMIER

CLASSIFICATION, OBJET ET CONDITIONS DES DÔNATIONS

SECTION PREMIÈRE

Classification des donations.

Justinien divise, nous l'avons vu, les donations en deux grandes classes : les donations entre vifs et les donations à cause de mort : *donationum autem duo sunt genera : mortis causâ et non mortis causâ* (pr. Inst. 2.7).

Nous ne reviendrons pas sur la définition de ces deux classes de donation ¹. Nous voulons seulement constater ici que Justinien a fait cesser toutes hésitations et toutes équivoques dans cette classification.

Il a rangé définitivement dans la donation à cause de mort la donation faite en vue du décès et caduque par le prédécès du donataire, mais dans laquelle le donateur s'est interdit le

¹ 4. Introduction, p. 2.

droit de révoquer. Avant lui la question pouvait être discutée. Elle est nettement tranchée par le texte de la Novelle 87, pr. : *Sed licentiam habere facere ipsam et inserere ipsi etiam certos fines quos donator voluerit; et si hoc fecerit, licentiam habere renuntiare etiam huic ipsi facultati, quâ possit pœnitere super talibus donationibus, revocare et quos utique voluerit terminos inserere mortis causa donationibus.*

Il a, au contraire, classé parmi les donations entre vifs la donation entre époux et la donation du *paterfamilias* à son fils *in potestate*.

Depuis Septime-Sévère, la donation entre époux, nulle à l'origine, était cependant confirmée par la mort du donateur survenue, dans le mariage, sans changement de volonté. On était aussi arrivé à admettre que le silence du père persistant jusqu'à son décès confirmait la donation faite au fils *in potestate* (2. C. 3. 29). En même temps, par analogie, les jurisconsultes assimilaient ces deux espèces de donations aux donations à cause de mort.

Justinien a pris le contre-pied de cette opinion. Consulté par le barreau d'Illyrie dans l'espèce suivante : une femme avait reçu de son mari une donation non suivie de tradition, mais confirmée par la mort et le silence du donateur; elle voulait revendiquer l'objet donné. Les détenteurs s'y opposaient. L'empereur donne raison à la femme et, saisissant cette occasion pour rappeler sa réforme qui valide le simple pacte de donation entre vifs, il étend cette réforme au pacte de donation entre époux qui, désormais, sera valable, indépendamment de toute tradition, pourvu toutefois que le décès du donateur, sans changement de volonté, vienne le confirmer. En même temps il soumet la donation entre époux à la nécessité de l'insinuation (Nov. 162, cap. 1. 23. C. 5. 16). Cette dernière loi s'applique du reste tout à la fois aux donations entre époux et aux donations du père de famille au fils *in potestate* : *Donationes, quas parentes in liberos cujuscunque sexus in potestate suâ constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, etc.*

En dehors de cette division générale des donations, on retrouve sous Justinien, dans les donations entre vifs, la

plupart des distinctions que nous faisons aujourd'hui. Nous venons de citer les donations entre époux. Nous citerons également la donation *sub modo* ou donation avec charge (C. 8. 55-10; C. 8. 56) et la donation *rémunératoire* (34. § 1. D. 39. 5).

La *dot* dans le droit moderne est considérée comme une donation, très certainement au regard du constituant, et, d'après la majorité des auteurs, au regard de la femme ¹. Elle n'est donc un acte à titre onéreux qu'au regard du mari. En était-il de même dans le droit de Justinien? La question est discutée surtout à propos de l'action Paulienne et à l'égard de la femme, car, si la dot est un acte à titre onéreux, pour qu'il y ait lieu à l'action Paulienne, il faudra prouver que la femme était *conscia fraudis*.

Ce qui rend la question beaucoup plus délicate en droit romain qu'en droit français, c'est que, tandis que le droit français a admis le principe coutumier « ne dote qui ne veut », le droit romain oblige le père, et quelquefois la mère, à doter sa fille : *neque enim leges incognitæ sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro suâ dare progenie* (7. C. 5. 11; 14. C. 5. 12).

Les Constitutions émanées de Justinien lui-même ne peuvent nous aider à éclaircir cette question, et il faut nous borner à présumer son opinion par les textes que ses compilateurs ont conservés au Digeste ou au Code.

Il est certain que la constitution de dot en droit romain est un acte à titre onéreux à l'égard du mari. *Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse; sed quodam modo creditor aut emptor intelligitur qui dotem petit* (19. D. 44. 7; 25. § 1. D. 42. 8).

À l'égard de l'étranger qui constitue la dot, l'acte qu'il accomplit est évidemment une donation. Il n'est tenu par aucune obligation, même naturelle, de doter une personne qu'aucun lien de parenté ne lui attache.

1. Aubry et Rau, tome IV, p. 439, § 313, note 27. Demolombe, *Des contrats et des obligations*, tome II, §§ 242 et 243. Toutefois la jurisprudence reconnaît à la constitution dotale faite par le père ou la mère le caractère d'acte à titre onéreux au regard de la femme elle-même.

A l'égard du père qui dote sa fille, la constitution de dot semble bien au contraire un acte à titre onéreux. La loi 7, au Code. 5.44, constate expressément l'obligation du père. Il y a plus, elle met à la charge de son seul patrimoine la dot, même lorsqu'il est usufruitier de biens appartenant à la fille qu'il dote, même lorsqu'il a déclaré constituer la dot sur ces biens, s'il est suffisamment riche.

Malgré ce caractère onéreux de la dot, nous pouvons remarquer qu'elle est soumise, comme toute libéralité, à la *querela* si elle entame la légitime (C. 3. 30, *de inofficiosi dotibus*).

A l'égard de la femme dotée, la loi 25. D. 42. 8, agitant cette question, à propos de l'action Paulienne, exige de la femme la connaissance de la fraude faite au créancier par la constitution de dot, ce qui suppose que la dot est assimilée par elle à un acte à titre onéreux. Il est vrai que Vénuléius, l'auteur de cette loi, ajoute que son avis n'est pas partagé par tous les jurisconsultes : *at si neuter scierit, quidam existimant, nihilominus in filiam dandam actionem; quia intelligitur, quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse*.

De ces textes résulte cette conclusion que la constitution de dot est un acte mixte où se mêlent le caractère libéral et le caractère onéreux. Il semble bien toutefois que Justinien range plutôt la dot parmi les donations¹ puisqu'il met sur le même pied la dot et la donation *propter nuptias* : *si igitur et nomine et substantiâ nihil distat a dote ante nuptias donatio*; qu'il qualifie la dot de donation de dot, *donationes dare mulieribus propter dotis donationem*; qu'il rappelle enfin que les anciens auteurs comptaient la dot parmi les donations, *ideo enim et antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes connumerant* (20. C. 5. 3).

Justinien distingue aussi, dans les donations entre vifs, deux types de donations qui ont disparu aujourd'hui : la donation par le père de famille au fils *in potestate*, nous venons

1. L'influence de Justinien sur la dot a été très grande, mais surtout au point de vue de la restitution, de l'inaliénabilité, des nombreuses garanties accordées à la femme, matières qui n'ont pas de rapport direct avec les donations. Notre intention est donc de laisser désormais de côté la dot qui suffirait à elle seule à faire le sujet de nombreux travaux, pour nous en tenir à l'étude des donations proprement dites.

de voir qu'elle était soumise aux règles des donations entre époux (25. C. 5. 16), et la donation *propter nuptias*.

L'empereur s'est étendu avec complaisance sur la donation *propter nuptias*. On peut la définir : une contre-dot constituée par le mari à la femme pour subvenir aux besoins du ménage tant que dure le mariage, et aux besoins de la femme après la dissolution de l'union conjugale. Le caractère dominant de la donation *propter nuptias*, c'est précisément cette analogie avec la dot qui nous permet de l'appeler contre-dot, analogie que Justinien n'a fait qu'accroître et confirmer.

Ainsi : la donation *propter nuptias* doit être absolument égale à la dot (Nov. 97. cap. 1). Les bénéfices attribués à chaque époux pour le cas de dissolution du mariage doivent être les mêmes sur la dot et sur la donation *propter nuptias* (97. cap. 1). Avant Justinien ils étaient proportionnels (9. C. 5. 14).

La donation *propter nuptias* est imposée au père du mari comme la dot l'est au père de la femme (7. C. 5. 11).

La femme qui fait prononcer le divorce contre son mari reprend la dot et la donation *propter nuptias*. Par contre le mari qui prouve la culpabilité de la femme conserve la dot et la donation *propter nuptias* (8. § 4 et 5. C. 5. 17). S'il y a des enfants, la faveur accordée à l'époux innocent n'est qu'en usufruit. (Nov. 98. cap. 2).

La donation *propter nuptias* comme la dot est dispensée de l'insinuation (Nov. 129. cap. 1), du moins à l'égard de la femme (Nov. 127. cap. 2).

La restitution de la donation *propter nuptias* est entourée de garanties, comme la restitution de la dot, mais un peu moins rigoureuses.

Primitivement la donation *propter nuptias* différait de la dot en ce qu'elle ne pouvait pas être constituée ou augmentée pendant le mariage. Elle s'appelait alors *donatio ante nuptias*. A partir de Justinien elle put être constituée ou augmentée même pendant le mariage, dans la mesure où la dot recevait une augmentation. Enfin Justinien permit la constitution ou l'augmentation de la donation *ante nuptias* pendant le mariage sans aucune addition à la dot, pourvu toutefois que le chiffre de la dot ne fût pas dépassé, et, mettant les mots

d'accord avec les faits, il appela la *donatio ante nuptias donatio propter nuptias* (20. C. 5. 3).

Deux différences restent néanmoins entre la dot et la donation *propter nuptias*. La dot peut exister sans donation *propter nuptias*, la donation *propter nuptias* suppose toujours une dot. Dans le droit de Justinien, le mari ne garde plus la dot après la dissolution du mariage par la mort de la femme à moins de convention expresse (1. C. 5. 13), tandis que la femme conserve, même après la mort du mari, la donation *propter nuptias* en pleine propriété ou en usufruit, suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas d'enfants (Nov. 98. cap. 1).

Nous avons insisté un peu plus longuement sur les caractères de la donation *propter nuptias* parce qu'elle est, avec la dot, une des matières sur lesquelles Justinien a multiplié les réformes, et aussi parce qu'elle a disparu de notre droit moderne et qu'il nous fallait par suite la préciser davantage. Elle ne correspond en effet ni à la donation entre époux par contrat de mariage, puisque celle-ci ne peut être ni constituée ni augmentée, après le mariage, ni à la donation entre époux postérieure au mariage, puisque celle-ci est essentiellement révocable. Obligatoire, sinon pour le mari, tout au moins pour son père, elle avait l'avantage de constituer pour la femme un gain de survie dont l'omission regrettable dans le Code Civil n'a été comblée qu'en 1891 par la loi Delsol.

L'ancien droit français pratiquait une autre espèce de donation permise seulement par le Code Civil dans le contrat de mariage ¹, l'*institution contractuelle*. On peut la définir, au sens le plus large, la donation irrévocable, mais subordonnée à la survie du donataire, de la succession du donateur avec réserve, pour lui, durant sa vie, du droit de jouir et de disposer à titre onéreux de ses biens. Admise d'abord dans toute espèce de contrat, elle avait ensuite été restreinte aux seuls contrats de mariage, comme l'atteste cette définition de Laurière, c'est « un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession fait par contrat de mariage au profit des époux ou des enfants qu'ils doivent avoir ensemble ² ».

1. 1082, 1083, 1089, Code Civil.

2. De Laurière, *Traité des Institutions et Substitutions contractuelles*. Paris, 1715, chap. I, n° 21.

L'institution contractuelle était contraire au droit romain (15. C. 2. 3) à un double point de vue : elle contenait une institution d'héritier sans testament, ce qui bouleversait la règle *hereditas testamento datur* (5. C. 5. 14); elle constituait un pacte prohibé sur succession future : *inutilis est quia contra bonos mores est hæc stipulatio* (61. D. 45. 1). Cette dernière raison toutefois a moins de force sous Justinien, car la sévérité du droit contre les pactes sur succession future s'est atténuée, lorsque celui dont la succession est en jeu approuve le pacte et persévère dans son approbation jusqu'à son décès : *Sancimus itaque nihil ex his pactinibus servari, nisi ipse forte de cujus hereditate pactum est voluntatem suam eis accomodaverit et in ea usque ad extremum vite spatium perseveraverit* (30. C. 2. 3).

Il est à remarquer néanmoins que la convention envisagée par Justinien n'a aucune analogie avec l'institution contractuelle. Il s'agit d'une entente entre les héritiers pour le règlement d'une succession sur laquelle ils comptent et non d'une donation de cette succession par le futur *de cujus* à l'un des héritiers.

Les deux seuls textes qui prévoient, en droit romain, une espèce analogue à l'institution contractuelle n'appartiennent pas à Justinien. L'un, la loi 19. C. 2. 3, est de Dioclétien et Maximien. Il valide une libéralité par laquelle deux militaires, au moment d'une bataille, conviennent que le survivant bénéficiera de la fortune du prémourant. Mais « si les empereurs Dioclétien et Maximien confirment le pacte de se succéder réciproquement fait par deux soldats à la bataille, c'est, comme le texte lui-même en fait foi, parce que la volonté des militaires, relativement à leur succession, peut se manifester de toute espèce de manière, indépendamment de toute solennité de formes et obtient la même force qu'un testament, si elle a persévéré jusqu'au dernier soupir. Au fond, la loi 19. C., *de partis*, présente non pas une convenance de succéder, mais un testament ¹. »

1. Anouilh, *De l'Institution contractuelle dans l'ancien droit français et d'après le Code Napoléon*, p. 296. — *Revue historique de droit français et étranger*. Paris, 1860.

L'autre texte, la Novelle 19, approuve bien et valide le pacte d'un père qui a promis à son fils en le mariant de lui conserver, dans sa succession, une part égale à celle de ses frères et sœurs, mais cette Novelle émane de Léon le Philosophe, elle échappe par conséquent au cadre de cette étude.

On peut donc dire que l'institution contractuelle était inconnue dans le droit de Justinien. Il était sans doute permis de faire donation d'une universalité et même, comme nous allons le voir, d'une universalité de biens à venir, mais ainsi que le remarque Ricard « à l'égard des donations de tous biens présents et à venir, encore qu'elles aient beaucoup de rapport avec les institutions d'héritier, puisqu'elles épuisent les unes et les autres tout le patrimoine du donateur ; néanmoins, les docteurs y ont communément établi une différence essentielle, pour ce qui concerne la question que nous examinons, en ce que l'institution fait que l'héritier ne succède pas seulement aux biens du défunt, mais représente aussi sa personne, au lieu que le donataire, quoiqu'universel, ne profite que des biens ¹ ». Il s'en suit notamment que l'héritier est tenu personnellement de payer toutes les dettes de son auteur ², tandis que le donataire universel ne peut être actionné directement par les créanciers du donateur. Cette dernière solution n'amène d'ailleurs pas un résultat injuste, car, en vertu du principe *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, la donation ne comprend en réalité que les biens, déduction faite des dettes, et le donataire ne peut réclamer en exécution de la donation que l'excédent du passif sur l'actif. Ajoutons qu'au fond il a été gratifié *sub modo* et, en conséquence, il sera tenu de l'*actio præscriptis verbis* à l'effet ou de défendre le donateur poursuivi ou de l'indemniser si celui-ci a payé (28.D. 39.5) ³.

1. Ricard, *Traité des donations entre vifs*, 1^{re} partie, cap. iv, sect. II, dist. II, n° 975.

2. L'héritier institué par contrat de mariage est tenu de payer et répondre de toutes dettes et charges héréditaires, dit expressément la coutume du Bourbonnais, art. 223.

3. Accarias, *Précis de droit romain*, tome I, p. 800, n° 306.

SECTION II

Objet des donations.

Les donations, après Justinien comme avant lui, peuvent avoir pour objet toutes les choses dans le commerce. Il n'y a pas eu sous son règne de notables innovations dans l'objet des donations. Seulement ses constitutions sur la forme des donations, en munissant d'une action le simple pacte de donation, ont singulièrement facilité la donation d'une universalité et la donation de biens à venir.

La *donation d'une universalité* se ramenait en effet avant Justinien à une série de donations des objets dont se composait cette universalité. Cela tenait à ce que, pour qu'il y eût donation, la simple convention ne suffisait pas, il fallait en outre ce que nos anciens auteurs appelaient la *tradition de droit*, ou, si l'on aime mieux, le transfert au donataire, par les modes de droit commun, du bénéfice de la donation. Or, la donation d'une universalité comprend tout à la fois des droits réels et des droits personnels : d'une part les modes de transmission *per universitatem* ne s'appliquent pas à l'hypothèse d'une donation ; d'autre part, les modes de transmission à titre particulier des droits réels ne sont pas faits pour les droits personnels, ni les modes de transmission des droits personnels pour les droits réels. Il est donc impossible de transférer, et par suite de donner d'une seule pièce, si je puis employer cette expression, une universalité. Il faut nécessairement la décomposer pour appliquer à chacune de ses parties, suivant sa nature, son mode de transfert.

On pouvait, il est vrai, stipuler du donateur la transmission des différents droits composant l'universalité donnée. Mais par le fait même de l'énumération que nécessitait la stipulation, le caractère universel de la libéralité disparaissait : le donataire devenait créancier à titre particulier, non à titre universel du donateur. Ajoutons que, sous l'empire de la loi *Cincia*, la donation par stipulation n'était parfaite qu'à partir du transfert de la propriété, ce qui obligeait

encore les parties à une série de transmissions à titre particulier appropriées à chaque espèce de droit.

Plus tard, la tradition de l'objet donné exigée par Constantin pour la perfection des donations ¹ devint un autre obstacle aux donations d'une universalité : on ne fait pas tradition d'un ensemble de choses, on fait tradition des objets qui composent cet ensemble. On peut donc faire par la tradition des donations à titre particulier, on n'en peut faire d'universelles.

Enfin, dernière entrave à laquelle se heurtent les donations d'une universalité avant Justinien, presque toujours elles comportent des créances. Or, la cession de créance à titre gratuit est révocable à volonté par le donateur et intransmissible aux héritiers du donataire. Elle ne devient parfaite que par le paiement au donataire ou la *litis contestatio* entre lui et le débiteur cédé.

La réforme de Justinien, en distinguant la convention de donation de son exécution, en validant le pacte de donation en lui-même et indépendamment de toute exécution, a fait disparaître ces difficultés. Désormais la convention de donation peut porter sur une universalité, bien que l'exécution de cette convention doive plus tard avoir lieu par des modes de transfert à titre particulier. Aussi les textes de Justinien reconnaissent-ils formellement la validité d'une donation universelle ou à titre universel : *sed et si quis universitatis faciat donationem, sive bessis sive dimidie partis suæ substantiæ, sive tertiæ, sive quartæ, sive quantæcumque vel totius, si non de inofficiosis donationibus ratio in hoc reclamaverit, coactari donatorem legis nostræ auctoritate tantum quantum donavit præstare* (35. § 4. C. 8. 54).

Au point de vue du passif que comporte l'universalité, le donataire, comme nous l'avons vu ci-dessus en comparant la donation universelle à l'institution contractuelle, ne peut réclamer que l'excédent de l'actif sur le passif. Les créanciers du donateur n'ont pas, il est vrai, d'action contre lui, sauf bien entendu le droit de faire rescinder la donation par l'action Paulienne, mais le donateur par l'action *præs-*

1. Il est vrai que cette tradition n'était peut-être pas exigée par Constantin pour la validité, mais seulement pour la preuve de la donation. Savigny, *Système de droit romain*, tome IV, p. 201, § 165.

criptis verbis peut l'obliger à venir le défendre ou à l'indemniser dans la mesure où les dettes payées sont à la charge de l'universalité (28. C. 39. 5).

Au point de vue de l'actif le donataire sera investi du bénéfice de la donation par les procédés ordinaires qui servent au transfert des droits corporels ou incorporels. Désormais le transport de créance à titre gratuit ne souffre plus de difficultés : il est assimilé par Justinien au transport à titre onéreux, par conséquent, il devient transmissible aux héritiers du donataire et irrévocable, et cela avant tout paiement ou *litis contestatio* (33. C. 8. 54).

Les *donations de biens à venir* se heurtaient, avant Justinien, à la même difficulté que les donations d'une universalité, la nécessité de l'exécution pour la validité de la donation. Les modes d'exécution du droit commun se prêtent mal en effet au transfert d'une chose à venir. La *mancipatio*, comme l'*in jure cessio* ou la *traditio* supposent que l'objet dont il s'agit de transférer la propriété est possédé par le donateur. Or on ne possède pas une chose à venir.

Sans doute on peut bien stipuler du donateur une chose à venir. Mais nous ne devons pas oublier que la stipulation de donation ne devient parfaite, depuis la loi *Cincia*, que par l'exécution ou la mort du donateur, et que, même depuis Constantin, la validité de la donation est subordonnée, dans une large mesure, à la tradition de la chose donnée. La donation de biens à venir, même par stipulation, n'est donc en réalité définitive que du jour où les biens à venir sont devenus biens présents et ont été transmis au donataire : *at si donatio*, disait Cujas, *perficiatur traditione corporali, ut voluit Constantinus et veteres voluerunt, ut usus magis probat, evidentissimum est non consistere rerum futurarum donationem, quia rerum quæ nondum sunt nulla fieri potest traditio* ¹. C'est l'application de ces principes que Paul rappelle brièvement dans la loi 167. D. 50. 17 : *non videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt*.

Mais si la donation de biens à venir est difficile uniquement parce que toute donation ne prend existence que par l'exécu-

1. Cujas, *Comm. ad legem 35 C. de donationibus*.

tion, du jour où la donation existe par simple pacte, en dehors de toute exécution, la donation de biens à venir ne souffre plus de difficultés. Justinien ayant reconnu le pacte de donation, il s'ensuit, par voie de simple conséquence, que la donation de biens à venir est devenue facile dans sa législation. C'est le même raisonnement que nous faisons quelques lignes plus haut pour la donation d'une universalité, c'est aussi le même texte qui va justifier notre raisonnement : « En effet, dit Ricard, le § *sed et si quis* de cette loi *si quis argentum* (35. § 4. C. 8. 54) confirmant la donation universelle de tous biens, *sive bessis, sive dimidiæ partis suæ substantiæ, sive tertiæ, sive quartæ, sive quantæcumque vel etiam totius*, et la déchargeant en même temps de la nécessité de la tradition, il semble qu'il y ait lieu de conclure que tous les biens qui peuvent entrer dans la stipulation peuvent aussi être donnés entre vifs, puisque la stipulation est suffisante aux termes de la loi pour rendre cette espèce de donation accomplie, et ainsi que l'universalité dont la loi parle doit s'appliquer à l'avenir aussi bien qu'au présent, d'autant qu'il ne se rencontre rien, ni en l'un ni en l'autre, qui résiste à l'esprit de la loi, laquelle étant générale et indéfinie, les particuliers ne doivent pas entreprendre de la restreindre sans raison et sans autorité. Et ce qui confirme cette pensée, que l'esprit de la loi a été de comprendre tant les biens à venir que les présents, est qu'elle suppose que tous les biens du donateur peuvent être épuisés par les donations qu'elle permet et ne veut pas néanmoins qu'elles reçoivent aucun retranchement, si ce n'est en tant que la légitime des enfants s'y trouverait intéressée. *Si non de inofficiosis donationibus ratio in hoc reclamaverit, coactari donatorem legis nostræ auctoritate tantum quantum donavit, præstare*¹. »

1. Ricard, *Traité des Donations*, 1^{re} partie, chap. iv, sect. II, dist. II, § 978.

SECTION III

Conditions des Donations

Les donations peuvent être pures et simples, sous condition suspensive ou sous condition résolutoire. Ces trois cas sont distingués nettement, sinon par leur dénomination qui est moderne, au moins par leurs résultats, dès le commencement même du titre des donations au Digeste (pr. 1. D. 39.5): *dat aliquis eâ mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti... Dat aliquis ut tunc demum accipientis fiat cum aliquid secutum fuerit... Item quum quis eâ mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti*. Le titre de *donationibus quæ sub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur*, au code de Justinien, présente du reste des exemples de ces deux ordres de conditions : par exemple, la loi 5 pour la condition suspensive et la loi 1 pour la condition résolutoire.

Cette dernière condition se heurtait au caractère irrévocable de la propriété romaine : *proprietas, ad tempus transferri non potest*. Mais à l'époque de Justinien, on peut se demander si cette conception rigide de la propriété, attaquée déjà, soutient-on, par Ulpien, n'a pas fini par disparaître dans la législation du Code. C'est là une question vivement controversée. Nous en renvoyons l'examen au chapitre où nous traiterons de l'effet de la condition résolutoire dans les donations à cause de mort¹. Les textes qui régissent cette matière sont en effet le principal siège de cette difficulté dans les donations.

De même, les difficultés que présentait la donation avec charge ont été résolues. La charge est-elle en faveur du donateur ? Il peut user du *jus pœnitendi* et répéter la chose donnée non seulement par une *condictio ob rem dati*, mais même par une *vindicatio utilis*² (1. C. 8. 55), ou bien exiger

1. Ch. iv, sect. v, *Effets des donations à cause de mort*, n° 1, c.

2. On discute d'ailleurs la question de savoir qu'elle est cette *vindicatio utilis*. Est-ce la revendication ? est-ce la Publicienne ? (M. Appleton, *Histoire de la propriété Prétorienne et de l'action Publicienne*, tome II, p. 226.) Nous retrouverons cette question à propos des effets de la *donatio sub modo*, ch. v, sect. II, p. 115.

le *modus* par l'*actio præscriptis verbis* (9. C. 8. 54). La charge est-elle en faveur d'un tiers, ce dernier a le droit de poursuivre l'exécution du *modus* par une *actio ex stipulatu utilis* (3. C. 8. 55.)

Il ne nous reste donc à examiner ici qu'une seule question importante à propos des conditions des donations, celle de la validité, sous Justinien, de la donation sous condition potestative du donateur.

En droit romain comme en droit français, la condition purement potestative, nous entendons par là celle qui fait dépendre la validité du contrat de la seule volonté du contractant, *si volam*, annule la donation : *sub hac conditione, si volam, nulla fit obligatio : pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis* (8. D. 44. 7) Mais sous l'influence traditionnelle de la maxime *donner et retenir ne vaut*, le Code civil a été plus loin, il a prononcé la nullité ¹ de la donation faite sous une condition potestative en la définissant celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre des parties de faire arriver ou d'empêcher ². Ainsi le droit français a été plus sévère pour la donation que pour les autres contrats : « il faut tenir pour certain que l'art. 944 consacre, relativement aux donations entre vifs, cette sévérité plus grande et que la condition potestative, telle qu'elle est définie par l'art. 1170, qui ne vicie pas les contrats en général, vicie au contraire les donations ³. »

Le droit de Justinien connaissait-il cette sévérité ? La condition potestative, telle que nous l'avons définie, annulait-elle la donation, ou, sous une autre formule, la règle « donner et retenir ne vaut » existait-elle à Rome. Telle est la question qu'il nous faut examiner.

« Dans notre ancien droit la maxime « donner et retenir ne vaut » avait une double application, disons-nieux, une double signification. L'une et l'autre étaient réunies dans l'art. 274 de la coutume de Paris : « c'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la

1. Art. 944 C. Civ.

2. Art. 1170 C. Civ.

3. Demolombe, *Donations et testaments*, livre III, t. II, chap. iv, n° 148, § 2.

chose parlui donnée ou qu'il demeure en possession jusqu'au jour de son décès. » Ainsi, d'après la coutume de Paris, et nous pouvons ajouter d'après le droit commun du royaume, pour qu'une donation fût valable, il fallait, comme aujourd'hui, que le donateur ne gardât nul moyen de reprendre ou de restreindre sa libéralité; il fallait, de plus, qu'il l'eût mise à exécution avant sa mort, qu'il eût transmis au donataire la possession de la chose donnée ¹. »

Écartons, tout de suite, sous Justinien, la seconde application de la règle. La donation est valable indépendamment de tout transfert au donataire de la possession de la chose donnée, puisque le simple pacte de donation est reconnu et muni d'une action. M. de Savigny a même démontré qu'avant Justinien, malgré les textes pourtant si formels du Code Théodosien (1. 7. C. Th. 8. 12), la tradition exigée par Constantin était plutôt une condition de preuve qu'une condition de validité de la donation; après avoir énuméré les formalités prescrites par Constantin et parmi lesquelles se trouve la tradition, il ajoute : « on pourrait croire que ce sont là des formalités indispensables dont l'omission entraîne la nullité de l'acte. Le passage suivant nous prouve qu'il n'en est pas ainsi; *quod si... orba publico testimonio liberalitas cæcam gratiam obscurosque cætus prodiderit, quoniam sola fraus cognita est, eorum quæ donata dicuntur temere non erit fides accipienda* ². Quand donc ces formalités n'ont pas été remplies, l'acte n'est point annulé, mais le juge doit admettre moins facilement l'existence de la donation et contrôler les faits avec plus de rigueur qu'à l'ordinaire. Tout cela présente plutôt le caractère d'une instruction que celui d'une loi ³. »

L'autre application de la règle « donner et retenir ne vaut », c'est-à-dire l'impossibilité pour le donateur de conserver aucun moyen de reprendre ou de restreindre sa libéralité ne faisait aucun doute pour les anciens auteurs. Tous la considéraient comme pleinement consacrée par le droit

1. Desjardins, *Recherches sur l'origine de la règle « donner et retenir ne vaut »*. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXIII, page 208, Paris, Cotillon, 1868.

2. *Frag. Val.*, § 249 *in fine*.

3. Savigny, t. IV, page 206.

romain, ainsi que l'affirme d'Aguesseau : « les unes et les autres (les maximes du droit coutumier et celles du droit romain) s'accordent parfaitement en ce qui concerne l'irrévocabilité des donations entre vifs ¹. »

Cette opinion unanime n'est pourtant que le résultat d'une confusion. « Ce qui trompait nos anciens auteurs, c'était le parallèle établi entre la donation à cause de mort et la donation entre vifs; celle-là était révocable au gré du donateur, celle-ci irrévocable, mais les parties n'avaient-elles pas le droit d'insérer, dans l'une ou dans l'autre, des clauses qui dérogeassent au droit commun? Nos anciens auteurs n'examinaient pas cette question ². » Et pourtant aucun texte, dans le droit de Justinien, n'interdit d'imposer à la donation entre vifs, comme à tout contrat, une condition même potestative. On a essayé de rattacher l'irrévocabilité de la donation à la loi 167. D. 50. 17, *non videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt*. Mais ce texte de Paul constate seulement la nécessité de la tradition, pour la validité de la donation. Il n'est du reste pas exact de dire que l'apposition d'une condition résolutoire, même potestative, empêche les choses données de devenir la propriété du donataire dès la donation : si la condition s'accomplit, la propriété fera seulement retour au donateur, primitivement par une contrainte personnelle exercée sur le donataire, par une *condictio*, et, à l'époque de Justinien, directement par la revendication.

Nous croyons donc pouvoir conclure que, dans le droit de Justinien, la règle « donner et retenir ne vaut » n'est pas en vigueur : d'une part la mise en possession du donataire, ce que Ricard appelle la *tradition de fait*, n'est pas nécessaire ; d'autre part, la *tradition de droit*, l'impossibilité pour le donateur de se réserver le droit de reprendre ou de diminuer l'objet donné par une condition potestative, n'est pas constatée. La donation est donc irrévocable, comme tout contrat, en ce sens que si le donateur n'a opposé, lors de l'échange des volontés, aucune condition, et si la loi ne

1. D'Aguesseau, *Œuvres*. Lettre 290, p. 364, t. IX. Paris, 1776.

2. Desjardins. *Recherches sur l'origine de la règle « donner et retenir ne vaut »*. *Revue critique*, t. XXXIII, p. 319.

sous-entend d'elle-même aucune clause de révocation, le bien donné lui échappera définitivement. C'est là ce que constate, s'il était encore besoin d'une dernière preuve, la loi 4. C. 8. 55 : *perfecta donatio conditiones postea non capit. Quare si pater tuus, donatione facta, quasdam post aliquantulum temporis fecisse conditiones videtur, officere hoc nepotibus ejus, fratris tui filiis, minime posse non dubium est.*

CHAPITRE II

CAPACITÉ EN MATIÈRE DE DONATION

Pour être partie dans une donation, il faut avoir l'existence et la capacité.

L'existence, dans le donateur, ne donne lieu à l'examen d'aucune question : une donation suppose nécessairement un donateur.

Le donataire peut, au contraire, ou n'avoir jamais existé ou n'exister plus. Il est évident, dans ce cas, que la donation sera nulle. La question devient plus délicate si la personne du donataire est incertaine. On sait que Justinien a permis de faire un legs d'une personne incertaine (pr. C. 6.48), ce qui doit s'entendre d'une personne incertaine pour le testateur, mais que des circonstances ultérieures permettront de connaître. A la différence du legs, la donation suppose, lors de sa formation, l'échange du consentement des deux parties¹. Nous écarterons donc toute hypothèse où la personne du donataire est incertaine, à moins que, par une fiction de la loi, ce donataire incertain n'ait reçu un mandataire certain chargé d'accepter et de recevoir pour lui. C'est ce qui a lieu pour les donations faites aux pauvres et aux captifs dont l'évêque est chargé de recueillir et de distribuer le montant.

La capacité peut être envisagée à un triple point de vue : le donateur et le donataire devront réunir la capacité physique, la capacité intellectuelle et la capacité juridique au moment où s'échange leur consentement. Nous aurons donc à distinguer, dans le droit de Justinien, trois classes d'incapacités.

1. Nous verrons plus tard que, tout en admettant que le bénéfice de la donation ne puisse être imposé au donataire, on peut concevoir des donations unilatérales dans leur formation première.

SECTION PREMIÈRE

Incapacités physiques.

Par incapacité physique, nous entendons l'impossibilité de faire connaître ses intentions, soit par la parole, soit par l'écriture, soit par le geste.

Sans doute, le geste a paru à Justinien un mode de transmission de la pensée trop peu expressif pour être admis dans certains actes juridiques : *in eo autem*, nous dit-il lui-même dans une de ses constitutions, *cui morbus postea superveniens auditum tantummodo abstulit nec dubitari potest, quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere. Sin vero aures quidem apertæ sint et vocem recipientes, lingua autem ejus præpedita : licet a veteribus auctoribus sæpius de hoc variatum est : attamen si hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet eum scribentem hæc omnia facere, sive naturaliter, sive per interventum morbi hujusmodi infortunium ei accesserit* (10. C. 6.22).

Ricard, dans son *Traité des Donations* ¹, étend cette nécessité de l'écriture, à défaut de la parole, aux libéralités entre vifs. Nous concevons au contraire très bien que la donation entre vifs puisse se faire par gestes dans le droit de Justinien, même en présence de la loi *discretis*, dont nous venons de reproduire un passage. Remarquons, en effet, qu'en exigeant la parole ou à son défaut l'écriture, Justinien parle seulement dans cette loi des testaments, des codicilles, des fidéicommiss, des donations à cause de mort, des affranchissements : *si quis utroque morbo simul labore, id est ut neque audire, neque loqui possit, et hoc ex ipsâ naturâ habeat : neque testamentum facere, neque codicillos, neque fideicommissum relinquere, neque mortis causa donationem celebrare concedatur, nec libertatem sive vindictâ, sive alio modo imponere... Ubi autem et hujusmodi vitii non naturalis... accidit calamitas... omnia quæ priori interdiximus hæc ei suâ manu scribenti permittimus* (10. C. 6. 22). Tous

1. Ricard, *Traité des Donations*, t. I^{er}, 4^{re} part., n° 139.

ces actes énumérés par Justinien supposent l'emploi de certaines solennités : le testament nuncupatif ou tripartitum exige une déclaration en présence de sept témoins, le codicille nécessite, depuis Théodose le Jeune, une rédaction en présence de cinq témoins, le fidéicommiss non écrit, après avoir été permis par simple déclaration verbale, se prouve depuis Théodose le Jeune par le témoignage de cinq témoins, ou, depuis Justinien lui-même, par le double serment du fidéicommissaire et du grevé, la donation à cause de mort demande, sous le même prince, la présence de cinq témoins ; l'affranchissement *vindicta* suppose la déclaration en présence des licteurs, celui *in sacro sanctis ecclesiis* la déclaration en face du peuple et des prêtres, celui accompli par testament les formalités des legs ou des fidéicommiss. On comprend qu'à défaut de déclarations verbales Justinien ait au moins voulu, dans tous ces actes entourés d'une certaine solennité, la garantie de l'écriture. Ces exigences n'ont plus de raison d'être dans la donation qui a lieu *scriptis aut sine scriptis*. En réservant la question de difficulté de la preuve, il nous semble que la mimique peut y suppléer la parole ou l'écriture. Le droit actuel n'a-t-il pas lui-même, malgré la solennité des donations, un terme technique pour consacrer ce genre de libéralité qu'il admet pour les meubles en l'appelant don manuel ¹ et le langage populaire ne traduit-il pas parfaitement la même idée par l'expression imagée *donner de la main à la main* ?

I. — Nous croyons donc que la donation entre vifs est permise, depuis la loi *discretis*, non seulement à l'aveugle, au sourd, au muet ou sourd-muet sachant écrire, mais même au sourd-muet *accidentel*, incapable d'employer l'écriture, pourvu qu'il puisse faire connaître sa pensée par geste. En un mot, nous étendons aux donations entre vifs l'ancienne théorie suivie en matière de fidéicommiss : *nutu etiam relinquitur fideicommissum* (21. D. de leg, 3^o. 32). La donation à cause de mort reste certainement impossible pour le sourd-muet qui ne sait pas écrire : *omnia quæ priori interdiximus, hæc ei sua manu scribenti permittimus* (10. C. 6. 22).

1. « Les dons manuels ne sont susceptibles d'aucune forme ; il n'y a là d'autre règle que la tradition. » Parole de Jaubert. Locré, t. XI, p. 429.

II. — Ce que nous venons de dire sur la capacité en matière de donation s'applique au sourd-muet accidentel. Pour le *sourd-muet de naissance*, la question devient beaucoup plus délicate. Il ne s'agit plus de l'expression de la pensée, mais de la pensée elle-même, du discernement de la valeur de l'acte juridique accompli. Aujourd'hui, avec les progrès qu'a fait l'éducation des sourds-muets, la question ne se discuterait plus¹. En était-il de même dans le droit de Justinien? Avant lui, très certainement le sourd-muet de naissance était incapable de faire une donation, puisqu'on discutait même la capacité du sourd-muet accidentel : *licet a veteribus auctoribus sæpius de hoc varietum est* (10. C. 6. 22). Très certainement aussi le sourd-muet de naissance ne pouvait faire une donation à cause de mort : *sancimus si quis utroque morbo simul laboret, id est ut neque audire, neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat : neque mortis causa donationem celebrare concedatur* (10. C. 6. 22). Pouvait-il faire une donation entre vifs? Pour l'affirmative, on invoque le silence même de la loi 10. C. 6. 22, sur la donation entre vifs et le texte de la loi 33. § 2. D. 39. 5 : *mutus et surdus donare non prohibentur*. Pas de défense au Code et une affirmation au Digeste, que voulez-vous de plus, nous dit-on?

A cette théorie, Ricard répond très justement, et ici nous nous retrouvons d'accord avec lui, par deux ordres d'arguments : « Celui qui est sourd et muet de nature ne peut jamais avoir assez de lumière, telle vivacité d'esprit qu'il puisse avoir, pour pénétrer dans les secrets des lois civiles auxquelles les donations sont soumises². » Cet argument, sans valeur à notre époque, devait avoir toute sa force à l'époque de Justinien et nous en retrouvons le reflet dans l'opposition que fait entre le sourd-muet accidentel et le sourd-muet de naissance le texte même de la loi 10. C. 6. 22, dont on invoque le silence.

Si la loi 33, § 2. D. 39. 5. au titre des donations semble par ces mots, sans distinction, *mutus et surdus donare non*

1. « Ainsi un sourd-muet peut, quoique ne sachant ni lire ni écrire, faire une donation entre vifs lorsqu'il se trouve en situation de manifester sa volonté d'une manière non équivoque. » Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. VII, § 658.

2. Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} partie, chap. III, sect. II, § 135.

prohibentur, donner gain de cause aux partisans de la capacité des sourds-muets de naissance, ce n'est là qu'une victoire apparente « parce qu'il est aisé de faire voir que la conjonctive *et*, qui assemble ces deux mots *mutus et surdus*, se doit réduire en disjonctive, d'autant que le verbe *prohibentur* qui les suit est au pluriel, ce qui donne à connaître que le jurisconsulte a eu l'intention de parler de deux personnes, dont l'un fût muet et l'autre sourd, non pas d'une seule personne, en laquelle ces deux incommodités se rencontrassent conjointement, vu qu'en ce cas il aurait été obligé de se servir du singulier : de sorte qu'il est évident que notre texte doit être interprété par la disposition de la loi *sæpe ita*, 53. D., *de verbor. signif.* : « *Sæpe ita compertum est ut et conjuncta pro disjunctis accipiantur, et disjuncta pro conjunctis interdum et soluta pro separatis*¹. »

Jusqu'ici nous n'avons envisagé que la capacité active du sourd-muet. Il est évident que rien ne s'oppose à ce que le sourd-muet reçoive une donation. Le sourd-muet accidentel manifestera sa pensée par signe. Le sourd-muet naturel est à l'époque de Justinien muni d'un curateur : *sed et mente captis et surdis et mutis et qui perpetuo morbo laborant quia rebus suis superesse non possunt curatores dandi sunt*. (1. § 4. Inst. I. 23).

SECTION II

Incapacité intellectuelle.

Du sourd-muet de naissance incapable de faire aucune donation par suite de son infirmité physique qui réagit sur son entendement à la personne dont les facultés intellectuelles sont atrophiées, affaiblies ou même trop peu développées par suite de la jeunesse, la transition est naturelle.

On peut rattacher à cette insuffisance intellectuelle et au besoin de protection qui en découle l'incapacité du *furiosus*, du *mente captus*, du prodigue, du pupille, et même du mineur de vingt-cinq ans.

1. Ricard, *Traité des donations*, t. I, 1^{re} partie, chap. III, sect. II, § 437.

ART. I. — Le *furiosus* est incapable de faire une donation entre vifs ou à cause de mort pendant les accès de folie : il redevient capable dans les intervalles lucides : *sed ipsum posse furiosum dum sapit et hereditatem adire et omnia alia facere quæ sanis hominibus competunt* (6. C. 5. 70).

ART. II et III. — Le *mente captus* et le *prodigue* sont complètement incapables de faire une donation.

Au point de vue passif, le prodigue peut recevoir une donation seul et sans le concours de son curateur. Le *furiosus*, dans les intervalles lucides, est dans le même cas. Le *mente captus*, et le *furiosus*, pendant ses accès, sont remplacés par leur curateur qui reçoit, pour le leur transmettre, le bénéfice de la donation.

ART. IV. — Le *pupille* est incapable de faire une donation par lui-même ou par l'intermédiaire de son tuteur (22. D. 26. 7; 1. § 1. D. 27. 3). Le tuteur peut seulement faire les présents d'usage ou autoriser le pupille en vertu d'un décret du magistrat à faire une donation pour cause d'aliments à un de ses plus proches parents, à sa mère ou à sa sœur, *quæ aliter se tueri non possunt* (12. § 3. D. 26. 7; 1. § 2. D. 27. 3).

Par contre, rien ne s'oppose à ce que le pupille, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire de son tuteur, rende sa condition meilleure et reçoive une donation. Le tuteur doit même veiller à l'acceptation de la donation et à l'exécution des charges (21. C. 5. 37).

ART. V. — Le *mineur de vingt-cinq ans* non pourvu d'un curateur est capable de faire et de recevoir une donation entre vifs. Les donations, emportant aliénation des *prædia rustica vel suburbana* lui sont seules interdites sans un décret du magistrat (4. C. 5. 71; 3. C. 2. 45).

Le mineur de vingt-cinq ans en curatelle ne peut faire une donation entre vifs. Sa capacité au point de vue des actes qui rendent sa condition pire est assimilée à celle du pupille. Plusieurs auteurs admettent néanmoins qu'il peut faire une donation par stipulation en se fondant sur des textes du Digeste (101. D. 45. 1; 43. D. 44. 7) qui autorisent l'obligation du mineur de vingt-cinq ans et en faisant remarquer que les empereurs Dioclétien et Maximien dans leur interdiction n'ont statué que pour l'espèce qui leur était soumise, c'est-à-dire pour

le cas d'une aliénation (3. C. 2. 22) ¹. D'autres auteurs pensent que ces textes énoncés au Digeste font allusion à un droit antérieur à la constitution de Dioclétien. Nous nous rangerons à cette opinion parce que, précisément dans l'espèce sur laquelle statue Dioclétien, il s'agit aussi bien d'une obligation que d'une aliénation : Dioclétien annule une vente faite par un mineur de vingt-cinq ans; or la vente ne fait naître à Rome qu'une obligation ².

Ces prohibitions du reste ne s'appliquent qu'aux donations entre vifs : le mineur de vingt-cinq ans reste pleinement capable de faire une donation à cause de mort, même par aliénation, surtout depuis l'assimilation de ces donations aux legs.

Ajoutons que dans le droit de Justinien, tandis que la nullité des aliénations immobilières consenties en fraude du sénatus-consulte de Septime-Sévère et de Constantin s'efface par une prescription de cinq ans qui court à partir de la cessation de la minorité, en cas de donation la durée de la prescription est étendue à dix ans entre présents, à vingt ans entre absents (3. C. 5. 74).

SECTION III

Incapacités légales.

Elles ont un triple but : protéger une personne, sauvegarder les intérêts de la famille, frapper d'une déchéance. Elles sont en outre compliquées dans les donations à cause de mort par la nécessité de la *factio testamenti*. Cette nécessité est constatée au Digeste par de nombreux textes, par exemple par les lois 37. D. 39. 6; 1. § 1. D. 27. 3; 32. § 8. D. 24. 1; 7. § 6. D. 39. 5, et l'assimilation faite par Justinien entre les donations à cause de mort et les legs n'a fait que la confirmer ³. On a même, pendant longtemps, exigé du donataire

1. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 90.

2. M. Accarias, *Précis de droit romain*, n° 175, note 1.

3. Dans le même sens, M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 81. De Savigny n'exige pas la *factio testamenti* dans la personne du donateur *mortis causa*. Savigny, *Traité de Droit romain*, t. IV. cap. III, § 171, V, page 268.

à cause de mort le *jus capiendi* (9. 35. D. 39. 6). Mais les derniers vestiges de la législation caducaire ont achevé de disparaître sous Justinien et avec elle, dans les donations à cause de mort, la nécessité du *jus capiendi* (1. C. 6. 51).

Nous ferons remarquer qu'il n'y a pas lieu de ranger parmi les incapables les étrangers et les femmes.

Les étrangers peuvent disposer de leurs biens par donation entre vifs. On leur interdit seulement les donations à cause de mort, par analogie avec les testaments.

Les femmes ont également pleine capacité pour faire ou recevoir une donation : *senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti*, disait déjà Ulpien ¹.

§ I. — Incapacités protectrices de la personne.

ART. I. — La plus importante de ces incapacités est *celle qui empêche les époux de se faire une donation*. Nous disons qu'elle a pour but de protéger la personne : elle empêche en effet les époux de se laisser emporter par la passion, dominer par la crainte, entraîner par la recherche du lucre; elle oppose une barrière à tous ces mobiles qui altéreraient leur consentement : *hoc autem receptum est ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*. (Ulpien. 1. D. 24. 1.) *Sextus Cecilius et illam causam adjiciebat, quia sape futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, atque ea ratione eventurum ut venalicia essent matrimonia* (Paul. 2. D. 24. 1).

La donation entre époux a passé par quatre phases successives. C'est en effet une des formes de la donation qui semble avoir préoccupé le plus et le législateur et les jurisconsultes : d'abord elle fut permise sans doute parce qu'elle était presque impossible à cause de la *manus*; plus tard, à une date qu'il est difficile de préciser, mais qui se place entre la loi *Cincia*, en 549 de Rome, et la mort de Labéon, en 710 de Rome ², elle fut totalement interdite. La sanction de cette

1. 4. § 1. D. 16. 1.

2. Nous adoptons ces deux dates extrêmes, parce que, d'une part, la loi *Cincia* énumère les époux parmi les *personæ acceptæ* qui conservent la faculté de faire librement une donation (§§ 298, 302, *Frag. Vatic.*), et que, d'autre part, Labéon parle de la prohibition des donations entre époux (65. 67. D. 24).

interdiction est la nullité absolue de l'acte par lequel la donation s'est effectuée : *sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat quod actum est* (3. § 10. D. 24. 1). Le donateur qui tenait à gratifier son conjoint n'avait donc que la ressource d'une confirmation testamentaire.

En 206 de J.-C. un sénatus-consulte, l'*oratio Severi* ou *Antonini*, vint tempérer cette rigueur. Toute l'économie du nouveau système se ramène aux deux propositions suivantes : la donation entre époux reste nulle ; la mort du donateur survenue sans changement de volonté valide la donation : *fas esse eum quidem qui donavit pœnitere; hæredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse* (32. § 2. D. 24. 1). Ce système devait entraîner l'extension des règles de la donation à cause de mort à la donation entre époux : la donation entre époux confirmée par le décès du donateur ressemble fort, en pratique, à une donation à cause de mort dans laquelle le donateur a conservé son droit de révocation.

Justinien est venu encore une fois modifier ces règles.

1° Nous avons dit qu'il avait classé la donation entre époux parmi les donations entre vifs (Nov. 162. cap. 1). Il s'ensuit qu'elle est valable par simple pacte et qu'en même temps la nécessité de l'insinuation lui est imposée.

2° Régulièrement insinuée ou affranchie de l'insinuation au-dessous de cinq cents solidi, elle est confirmée par le décès du donateur survenu sans changement de volonté. Elle rétroagit alors jusqu'au jour de l'insinuation ou de la convention. C'est le système de l'*oratio Severi* avec rétroactivité en plus (25. C. 5. 16).

Le changement de volonté de l'époux donateur peut se manifester expressément ou tacitement.

La révocation tacite résulte, par exemple, de l'aliénation des objets donnés. Depuis Justinien, la Constitution par l'époux donateur d'un droit de gage ou d'hypothèque ne fait plus présumer la révocation : *ita ut quamvis postea vir in hypothecam dederit rem vel in pignus tradiderit, non tamen præalienasse videri ipsum, quamdiu superstes erat silentem* (Nov. 162. 1. § 1).

D'autres faits, en dehors même du repentir du donateur, rendent la confirmation impossible. Le divorce fait présumer le repentir du donateur; celui-ci peut toutefois, après le divorce, confirmer expressément la donation, qui devient alors une donation ordinaire (32. § 10. D. 24. 1).

Le prédécès du donataire révoque la donation. La captivité est assimilée à la mort. Justinien a achevé de faire cesser sur ce point toute incertitude. Le donateur meurt-il en captivité, la donation est confirmée (27. C. 5. 16) : il est censé mort le jour où il est tombé aux mains des ennemis. En sens contraire, concluons-nous, le donataire décède-t-il en captivité, la donation est infirmée, si l'entrée en captivité est antérieure à la mort du donateur. Cette influence de la captivité doit toutefois se combiner avec l'effet rétroactif du *postliminium*. Le donataire revient-il dans sa patrie, après le décès du donateur, la donation sera valable; par contre, si le donateur sort de captivité après la mort du donataire, la donation tombera.

L'esclavage fait tomber la donation : l'esclavage du donateur parce que ses biens et la faculté d'en disposer passent à son maître; l'esclavage du donataire parce qu'il est considéré comme mort, *morti servitus comparatur* (32. § 6. D. 24. 1.) La *servitus pænæ*, à la différence de l'esclavage ordinaire, confirme la donation faite par le mari à la femme, c'est une faveur accordée à l'innocence de cette dernière (24. C. 5. 16). Les autres condamnations emportant incapacité de donner sans esclavage, par exemple l'interdiction *igni et aquâ* et la déportation, laissent subsister la donation entre époux faite avant le crime, le condamné gardant le droit de la révoquer. Depuis Justinien, la *servitus pænæ* a disparu, très certainement pour le condamné *ad metalla* et peut-être pour tous les condamnés : *sed hodie nemo bene natus a principio ex supplicio fit servus et ideo matrimonium non dissolvitur* (Nov. 22. cap. 8).

3° Non insinuée, la donation n'est plus valable qu'en vertu d'une confirmation testamentaire expresse et seulement à partir de la date de cette confirmation, c'est-à-dire du décès : *specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat ex quo donationes confirmatæ (sunt)* (25. C. 5. 16).

Sur ces trois points, Justinien a surtout modifié la forme et les effets de la donation entre époux. L'étude plus approfondie de ses réformes trouvera donc sa place naturelle dans les chapitres suivants, où nous traiterons de la forme et des effets des donations. Les règles sur la capacité même des époux, c'est-à-dire sur les donations qui leur sont permises ou défendues, sont restées les mêmes que sous le régime de l'*oratio Severi*.

Ainsi pour que la donation soit nulle il faut :

I. — Qu'il y ait justes noces. Par conséquent la donation n'est pas interdite entre personnes qu'unit le lien du concubinat, du moins pour les mêmes causes qu'entre époux. Elle est interdite dans la mesure d'une réserve destinée à protéger la famille légitime, mais non pour protéger les concubins eux-mêmes; ce qui le prouve, c'est que si le donateur n'a ni père ni mère ni descendants légitimes, il peut disposer de la totalité de ses biens (Nov. 89. cap. 12).

Avant Justinien, on pouvait se demander également si la donation était interdite entre personnes unies par le mariage de droit des gens, *matrimonium sine connubio*. Mais cette question a perdu tout intérêt, par suite de la suppression des latins juniens et des déditices.

Cependant, dans quelques espèces où le mariage est nul parce qu'il a été contracté en violation de la loi, où par conséquent la donation devrait être permise, nous voyons les jurisconsultes et les constitutions impériales prononcer la nullité. Ainsi Ulpien annule la donation faite par la fille d'un sénateur à son époux affranchi ¹, par un gouverneur à son épouse née ou domiciliée dans la province qu'il administre (3. D. 24. 1). Ainsi encore est annulée la donation entre personnes unies dans l'adultère ou l'inceste (6. C. 5. 5) ². Mais, dans tous ces cas, la nullité est prononcée à titre de peine, comme le dit très bien Ulpien : *sed fas non est, eas donationes ratas esse ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt* (3. D. 24. 1).

II. — Il faut que la donation ait été faite pendant le mariage.

1. Cette incapacité a disparu sous Justinien. Nov. 78, ch. III.

2. Justinien enlève même la totalité des biens au coupable au profit des enfants légitimes et du fisc, Nov. 12.

1° La donation entre fiancés est donc valable. Toutefois depuis Constantin la validité de cette donation est subordonnée à la célébration du mariage, à l'exception du don fait à la future, *interveniente osculo*, dont elle gardé en toute hypothèse la moitié (16. C. 5.3). Ces donations entre fiancés étaient fréquentes surtout au profit de la femme, car elles avaient pour but de balancer l'avantage fait au mari par la dot; aussi Justinien les appelle-t-il des contre-dots: *quia quasi antipherna hæc possunt intelligi et non simplex donatio* (20. C. 5.3). Pendant longtemps elles n'ont été permises qu'avant le mariage et, pour ce motif, on les désignait sous le nom de donation *ante nuptias*. Justin permit de les constituer, de les diminuer ou de les augmenter même pendant le mariage dans la mesure où la dot serait augmentée ou diminuée. C'était déjà là une véritable exception à l'incapacité des époux (19. C. 5.3).

Nous avons déjà vu que Justinien a étendu cette exception en permettant de constituer la donation, auparavant dite *ante nuptias*, pendant le mariage, même sans augmenter la dot, du moment où cette donation ne dépasse pas la quotité de la dot (20. C. 5.3; Nov. 64. ch. 1). L'empereur donne comme motif de cette dérogation aux principes qui régissent la donation entre époux que la donation *ante nuptias* n'est pas une simple donation, mais qu'elle est faite à cause de la dot et à cause du mariage. Aussi, afin de mettre les mots d'accord avec la réalité des choses, ordonne-t-il d'appeler désormais ces donations non plus *ante nuptias*, mais *propter nuptias*. Plus tard, Justinien est revenu à une théorie un peu plus restrictive en exigeant que la donation *propter nuptias*, s'il en est fait une, soit absolument égale à la dot tant dans sa constitution que dans sa restitution (Nov. 97. ch. 1).

2° Est encore valable comme n'étant pas faite pendant le mariage : 1° la donation entre époux divorcés, du moins si le divorce est réel, ce qui a lieu si l'un des conjoints est remarié ou si le divorce remonte à une date éloignée (64. D. 24. 1). On admet même la donation faite pendant le mariage en vue d'un divorce imminent; il n'y a en effet plus à craindre l'entraînement du donateur (60. § 1. D. 24. 1).

3° La donation à cause de mort. Ces donations sont en général révocables, ce qui évite les inconvénients qu'on

peut redouter dans les donations entre époux. En admettant même que le donateur s'interdise le droit de révocation, la donation ne devient parfaite que par le prédécès du donateur, c'est-à-dire au moment où précisément le mariage n'existe plus : *inter virum et uxorem mortis causa donationes receptæ sunt, quia in hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir et uxor esse desinunt* (10. D. 24. 1). La donation à cause de mort entre époux ne peut toutefois produire aucun effet immédiat : il est interdit au donateur de transférer au moment de la donation la propriété au donataire ; ce transfert de propriété n'a lieu qu'au décès du donateur (11. pr. D. 24. 1). L'époux donateur peut néanmoins déclarer que ce transfert aura un effet rétroactif du décès au jour de la donation (11. § 1 et 2).

4° La donation faite à un conjoint exilé (43. D. 24. 1). Bien que le mariage ne soit pas dissous on l'autorise sans doute par pitié. D'ailleurs l'éloignement de l'époux exilé fait que, le plus souvent, son influence n'est pas dangereuse en ces libéralités.

III. — Il faut que le donateur ait l'intention de faire une libéralité. L'époux qui exécute une obligation naturelle envers son conjoint ne fait donc pas une donation (19. § 4. D. 39. 6). Celui qui consent une transaction même désavantageuse pour éviter les ennuis et les incertitudes d'un procès n'est pas davantage un donateur (1. D. 2. 13). La seule question délicate est celle de savoir si la donation rémunératoire est permise entre époux.

Cette question se rattache à une autre plus générale : la donation rémunératoire est-elle un acte à titre purement gratuit ou à titre onéreux ? Nous retrouverons cette question à propos de l'insinuation. Dès maintenant, nous pouvons dire que nous considérons la donation rémunératoire comme un acte à titre gratuit. Nous ajouterons que des raisons particulières doivent faire soumettre la donation rémunératoire à la nullité des donations entre époux : un mariage conforme à sa fin n'étant qu'un échange continuuel d'amour et de fidélité, toute donation pourrait s'appeler rémunératoire et la prohibition se trouverait éludée ¹.

1. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, t. IV, n° 153, p. 91.

IV. — Il faut que l'époux donateur s'appauvrisse. Seront par conséquent permis entre époux le dépôt, le mandat, le commodat. Le précaire est plutôt considéré comme une donation (14. D. 43. 26). On ne considère pas non plus comme une donation (31. § 7. D. 24. 1), ou, plus exactement, comme donation prohibée (5. § 13. D. 24. 1.) le sacrifice d'un droit qui n'est pas encore entré dans le patrimoine du donateur, parce qu'il n'y a pas véritable appauvrissement : *neque pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit* (5. § 13). Nous citerons comme exemples de ces sacrifices permis au conjoint la renonciation à une hérédité testamentaire à laquelle est appelé par substitution ou *ab intestat* l'autre conjoint, l'institution de l'un des époux sur la prière de l'autre époux que le testateur voulait primitivement gratifier (31. § 7). Toujours pour le même motif un des époux peut donner à l'autre la chose d'autrui, du moins s'il n'est pas en situation d'usucaper lui-même (25. D. 24. 1; 3. D. 41. 6).

Enfin on permet entre époux la donation d'intérêts (31. § 6. D. 24. 1). « Les intérêts (*usuræ*) rentrent dans la classe des choses qui sont destinées à être consommées ou dissipées d'une manière ou d'une autre dans un assez bref délai. Quoi de plus variable d'ailleurs et de plus incertain que le rapport de l'argent? L'emploi lucratif d'une somme d'argent est accidentel : on ne considère jamais sa fortune comme augmentée par suite de la perception d'intérêts, quelque considérables qu'ils soient ¹. »

La validité de la donation de fruits est sujette à de longues discussions. Ulpien l'admet (17. D. 24. 1). Marcellus la repousse complètement (49. D. 24. 1). Pomponius distingue entre les fruits naturels, dont la donation est interdite, et les fruits produits par la culture que l'époux peut conserver (45. D. 22. 1). Nous n'entrerons pas dans le détail de cette discussion qui serait plus à sa place dans une étude sur les donations entre époux. Nous pensons toutefois que l'opinion d'Ulpien devait être l'opinion dominante sous Justinien. Marcellus était en effet contemporain ² de la nullité absolue des dona-

1. Cottigny, *Des donations entre époux*, page 83.

2. Il vivait sous Marc-Aurèle (161-187).

tions, ce qui explique la sévérité de sa doctrine. Ulpien a vécu, au contraire, à l'époque même de la réforme de Caracalla, c'est-à-dire après les adoucissements apportés à la nullité des donations entre époux, adoucissements qui se retrouvent encore dans le droit de Justinien. En admettant l'opinion d'Ulpien, nous ferons néanmoins une exception pour la nullité de la donation des fruits dotaux prononcée expressément par la loi (1. C. 5. 19).

V. — Il faut que l'époux donataire s'enrichisse. On autorise en vertu de ce principe la remise de gage par l'époux créancier à l'époux débiteur (18. D. 42. 8); la donation d'un esclave avec charge de l'affranchir (22. C. 5. 16); la donation faite par le mari à sa femme pour son entretien et ses parfums, pour sa nourriture et celle des esclaves et des animaux employés au service du ménage (31. § 9. § 10. D. 24. 1); l'usage gratuit d'une maison, des esclaves, des vêtements appartenant à l'autre époux (18. D. 24. 1); la concession d'un terrain pour la sépulture (5. § 8. D. 24. 1); etc.

Ne sont pas non plus défendus les cadeaux faits à la femme suivant l'usage et sans exagération, à l'occasion de sa naissance ou des calendes de mars.

VI. — Il faut que la donation ne soit pas spécialement permise entre époux. Il existe en effet quelques rares exceptions qui ne peuvent se justifier que par une faveur politique : ne sont pas nulles les donations faites par la femme au mari *honoris causa* pour lui permettre de briguer le droit de porter le laticlave, de prendre rang de chevalier ou de donner des jeux publics (40. D. 24. 1), les donations entre l'empereur et l'impératrice (26. C. 5. 16); cette dernière exception est de Justinien.

ART. II. — Nous rapprocherons de l'incapacité entre époux l'incapacité du conjoint qui se remarie, bien que cette dernière incapacité doive être considérée comme une intervention en faveur des enfants du premier lit et comme une sorte de peine contre l'époux, non comme une mesure de protection pour sa liberté.

Les incapacités résultant des secondes noces sont apparues assez tard dans le droit romain : les constitutions qui les édictent marquent en effet une réaction contre les lois caducaires.

En 382 (3. C. 5. 7), les empereurs Gratien, Valentinien II et Théodose I^{er} avaient imposé à la veuve remariée l'obligation de conserver aux enfants du premier lit, ou du moins à celui d'entre eux dont elle ferait choix, tous les biens reçus à titre gratuit du mari. La veuve ne pouvait aliéner sous peine d'être tenue à récompense, mais gardait encore l'usufruit.

En 444, Théodose II et Valentinien III étendirent aux veufs ces dispositions (5. C. 5. 7). Ils dispensèrent même les enfants de l'obligation de faire adition à la succession du prémourant pour jouir de la réserve qui leur était créée et se contentèrent de leur acceptation de la succession de l'époux remarié.

En 469, Léon et Anthimius défendirent à l'époux remarié de donner, par libéralité entre vifs ou à cause de mort, à son nouvel époux une portion de biens plus considérable que celle qu'il laissait à son enfant le moins prenant (6. C. 5. 9).

On peut ranger sous trois chefs les réformes successives de Justinien que M. Boissonade traite à bon droit en cette matière de « législateur infatigable et peu constant ¹ ».

1^o Réserve au profit des enfants de la nue propriété des biens donnés par l'époux prédécédé à son conjoint survivant. Justinien retire au survivant le droit de choisir parmi les enfants du premier lit le bénéficiaire de cette réserve (Nov. II. ch. 1). Désormais les enfants du premier lit sont tous également appelés (Nov. 22. ch. 25); ils n'ont plus besoin d'être héritiers ni de l'époux précédé, ni même de l'époux survivant (Nov. 22. ch. 26. § 1).

Si les enfants sont prédécédés, leurs descendants viennent à leur place (Nov. 22. ch. 26. pr.). A défaut de descendants, ce sont les héritiers testamentaires que Justinien appelle (11. C. 5. 9). L'époux remarié, même si la postérité née de son premier conjoint est éteinte, ne conserve donc plus la pleine propriété des avantages nuptiaux que si la donation lui a été faite précisément en vue de cette extinction de la famille (11. C. 5. 9), convention connue sous le nom de *pactum non existentium liberorum*.

Ajoutons que l'époux survivant n'est plus seulement obligé

1. Boissonade, *Histoire des droits de l'époux survivant*, p. 131.

de conserver, sous peine de récompense, les biens donnés. Son obligation a pour corollaire la nullité de l'aliénation des biens réservés en cas de second mariage ; l'aliénation ne serait maintenue que si aucun enfant ne survivait à l'époux remarié et encore seulement en cas de *pactum non existentium liberorum*, ou si cet époux se trouvait appelé à la succession de ses enfants (Nov. 2. ch. 2).

En outre, l'obligation de conserver existe toutes les fois qu'il y a secondes noces, non seulement, comme sous les empereurs précédents, si le second mariage est rendu possible par le décès, mais aussi s'il suit un divorce, même de consentement mutuel (Nov. 22. ch. 30).

Sur un seul point, Justinien se montre un peu moins rigoureux que ses prédécesseurs. L'usufruit constitué en faveur de la femme par acte de dernière volonté du mari ne s'évanouit plus de plein droit en cas de convol, à moins que le testateur ou donateur à cause de mort n'ait imposé expressément cette clause (Nov. 22. ch. 32).

Justinien, dans son zèle pour la protection des descendants nés du mariage dissous, en arrive à frapper même l'époux qui ne se remarie pas. Il décide d'abord qu'il faudra une disposition testamentaire expresse de l'époux non remarié pour exclure les enfants du bénéfice des gains nuptiaux : une institution d'héritier ne suffira plus ; *nunc autem, nisi expressim transponat in alios, præsumitur ipsis conservare talia lucra* (8. § 2. C. 5. 9. Nov. 22. cap. 20). Enfin, la pleine propriété des gains de survie est retirée à l'époux non remarié qui ne conserve que l'usufruit, la nue propriété passant, à partir de la dissolution du mariage, sur la tête des enfants : *usum quidem lucrorum ex nuptiis apud eos constitutum, proprietatem vero eorum filiis omnino servandam* (Nov. 118. cap. 1). Justinien s'aperçoit alors que la condition de l'époux non remarié n'est pas meilleure que celle de l'époux remarié : pour rétablir l'inégalité entre les deux situations, il revient en partie sur la réforme de la Nouvelle 118 et laisse à l'époux non remarié, en outre de son usufruit, la pleine propriété d'une part dans les gains nuptiaux égale à celle que prend chaque enfant : *si qua amisso viro, alterius abstineat nuptiis, habere quidem eam usum antenuptialis*

donationis sicut prius sancimus : habere vero eam et proprietatis tantum, quantum filiorum quantitas faciat (Nov. 127. cap. 3).

2° Limitation de la capacité de disposer de l'époux remarié à l'égard de son second conjoint. — Cette incapacité, d'une part, est plus étendue que la précédente puisqu'elle porte sur le patrimoine entier de l'époux remarié ; mais, d'autre part, elle est moins générale puisqu'elle n'existe qu'à l'égard du second époux. Nous avons vu que les empereurs Léon et Anthimius avaient interdit à l'époux remarié les libéralités envers son nouveau conjoint dépassant la part de l'enfant le moins prenant. La réduction de la donation excessive profitait seulement aux enfants du premier lit (6. C. 5. 9).

Plus tard, le bénéfice de la réduction fut étendu aux enfants nés du second mariage (9. C. 5. 9). Enfin Justinien revint sur cette décision et consacra à nouveau le privilège des enfants du premier lit (Nouvelle 22. cap. 17).

3° En même temps, pour assurer l'application de ces dispositions, Justinien défend de diminuer la dot ou la donation *propter nuptias* pendant le cours du second mariage, *ne aliquid adversus filios prioris matrimonii machinari videatur* (19. C. 5. 3. Nov. 22. cap. 31).

4° Aux incapacités découlant des secondes noces venaient s'ajouter des peines spéciales quand la femme n'avait pas attendu pour contracter cette seconde union l'expiration de l'année de deuil ou de l'année qui suit le divorce (8. § 4. 9. C. 5. 17). Nous ne retenons ici que les déchéances qui la frappaient dans la matière des donations. A l'époque de Justinien, la femme qui se remariait dans l'année de deuil perdait non seulement la propriété, mais aussi l'usufruit de tous les gains nuptiaux qui lui provenaient de son premier mari ; elle devenait incapable de recevoir une libéralité par disposition de dernière volonté, par donation à cause de mort notamment, de quelque personne que ce fût. Elle ne pouvait disposer en faveur de son second époux que du tiers de ses biens ¹. Ces incapacités atteignaient la femme même dans le

1. 2. C. 5. 9. Nov. 22. cap. 22. pr.

cas où elle n'avait pas d'enfant ou de descendant du premier mariage. Elle ne pouvait en être relevée que par un rescrit de l'empereur et encore, quand elle avait des enfants du premier lit, elle devait faire l'abandon à ses enfants de la moitié des biens qu'elle possédait au jour de son second mariage ¹. Justinien assimile à la femme remariée avant l'expiration du deuil, celle qui, sans contracter une seconde union, mettait au monde, pendant l'année de deuil, un enfant dont il était impossible d'attribuer la paternité au mari décédé ².

Enfin, dans le droit de Justinien, la mère qui, ayant accepté la tutelle de ses enfants, se remariait sans leur avoir fait nommer un autre tuteur, sans avoir rendu son compte d'administration et payé le reliquat, était également atteinte dans sa capacité en matière de donation. Justinien l'assimila, en 536, à la veuve remariée dans l'année de deuil ³. Il est vrai qu'en 539 il dispensa les veuves qui acceptaient la tutelle de leurs enfants de l'obligation qui leur avait été jusqu'alors imposée de renoncer par serment à un nouveau mariage, mais il ne paraît pas les avoir relevées des autres déchéances, n'ayant en vue dans cette dispense du serment qu'un motif religieux : *quia vero multam habemus formidinem ne facile perjurandum per magnum Deum detur, et hoc prævaricetur* ⁴.

C'est aussi à l'idée de protection du donateur que se rattache l'incapacité du médecin et de l'avocat. La loi a craint leur influence sur l'esprit du patient ou du client.

Déjà dans les auteurs littéraires se retrouve le reflet de cette préoccupation :

Quid si me tonsor, dit Ovide, cum strictâ novacula supra est,
Tunc libertatem, divitiasque roget,
Promittam, neque enim rogatillo tempore tonsor,
Latro rogat, res est imperiosa timor.

« *Male secum agit arger, fait remarquer Sénèque, qui heredem medicum facit.* »

ART. III. — L'incapacité des médecins n'est pas explicitement édictée par les textes de Justinien. Nous croyons

1. 4. C. 6 46. Nov. 22. cap. 22. § 1.

2. Nov. 39. cap. 2. § 1.

3. Nov. 22. cap. 40.

4. Nov. 94. cap. 2.

toutefois qu'elle résulte de la loi 9. C. *de professoribus et med.* 10. 52.

S'il est défendu aux médecins de recevoir les honoraires que les malades leur promettent pendant la maladie pour leur salut et qu'on leur permette seulement d'accepter ceux qu'une fois revenus à la santé ces malades leur offrent pour leur service, à plus forte raison doit-on annuler de véritables donations qu'ils ont pu extorquer par leur influence au cours de la maladie. Ulpien donne du reste cette solution en matière de vente : *si medicus, cui curandos suos oculos qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferenda, compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet : incivile factum præses provincie coerceat, remque restitui jubeat* (3. D. *de extraordinariis cognitionibus*, 50. 13).

ART. IV. — *L'incapacité des avocats* a été édictée par la loi *Cincia* qui leur interdisait de recevoir une donation rémunératoire de leurs clients. Nous avons vu que cette loi était tombée en désuétude à l'époque de Justinien. Les donations faites aux avocats restent néanmoins soumises à la nullité générale qui atteint les contrats et les pactes passés au cours de l'instance entre le client et le défenseur. *Præterea nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recipit fidem, ineat advocatus ; nullam conferat pactionem* (6. § 2. C. 2. 6).

Dans le Code Théodosien se trouvait une constitution annulant également les libéralités que les ecclésiastiques ont obtenues des femmes qu'ils vont visiter sous prétexte de religion : *Censimus etiam ut memorati nihil de ejus mulieris qui se privatim sub prætextu religionis adjunxerint, liberalitate quâcumque vel extremo judicio possint adipisci : et omne in tantum inefficax sit quod alicui horum ab his fuerit derelictum, ut nec per subjectam personam valeant aliquid, vel donatione vel testamento percipere* (20. C. Th. 16. 2). Cette incapacité a disparu du Code de Justinien.

L'incapacité du tuteur à l'égard de son pupille n'existait pas davantage dans le droit de Justinien. Sans doute, pendant l'impuberté, le pupille ne peut faire une donation entre vifs ou à cause de mort à son tuteur ; mais uniquement parce qu'il

ne peut rendre sa condition pire et qu'il n'a pas non plus la *factio testamenti* (22.D. 26. 7; 1 §. 1. D. 27. 3). Cette interdiction ne provient pas d'une incapacité du tuteur et la preuve c'est que, dès que la majorité est arrivée, même avant la reddition du compte de tutelle, l'ancien mineur peut gratifier son tuteur, tandis que, dans le cas d'une incapacité personnelle du tuteur, l'acte reste interdit entre l'ancien pupille et l'ancien tuteur jusqu'à cette reddition de compte, ce qui a lieu notamment pour le mariage du fils du tuteur avec la pupille (6. C. 5. 6).

§ II. — Incapacités protectrices de la famille.

ART. I. — *Incapacité de la personne alieni juris*. — La personne *alieni juris* est en principe incapable de faire une donation sur son pécule *profectice*. Cette incapacité peut être levée par le consentement du père de famille : *item videamus, si quis filiofamilias liberam peculii administrationem concesserit ut nominatim adjiceret, sic se ei concedere, ut donare quoque possit : an locum habeat donatio ? Et non dubito donare quoque eum posse* (7. § 2. D. 39. 5). — *Filiusfamilias qui non potest facere testamentum sine voluntate patris, tamen mortis causâ donare, patre permittente, potest* (25. § 2. D. 39. 6). Ajoutons même que la condition élevée du fils de famille, par exemple s'il est sénateur, peut faire présumer dans le silence du père la capacité de donner (7. § 3. D. 39. 5).

L'incapacité de la personne *alieni juris* n'existe pas : 1^o pour les donations entre vifs et à cause de mort à l'égard des biens qui constituent le pécule *castrans* ou *quasi castrans*. Le droit de disposer par donation à cause de mort du pécule *quasi castrans* a été étendu et définitivement consacré par Justinien : *ceterum qui habent castrense peculium, vel quasi castrense in eâ conditione sunt, ut donare et mortis causâ et non mortis causâ possint* (7. D. 39. 5). Justinien assimile les biens des clercs au pécule *castrans* et leur permet d'en disposer, même s'ils sont *in potestate* (Nov. 123. ch. xix) ; 2^o pour les donations entre vifs à l'égard des biens du pécule adventice, soit que le père consente à la donation, soit que

les biens aient été donnés au fils de famille sous la condition expresse qu'ils seraient soustraits à l'autorité du père, *sub hac definitione atque conditione... ut pater aut qui omnino eos habent in potestate, in his rebus neque usufructum, neque quodlibet penitus habeant participium* (Nov. 117. pr.). Justinien a permis expressément à la personne *alieni juris* de disposer de ces biens par donation¹ : *Res autem ita relictas, sive donatas, positas sub potestate personis, si quidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant quo volunt modo disponere* (Nov. 117. ch. 1).

Nous n'avons mentionné à dessein que les donations entre vifs sur le pécule adventice. M. Glasson fait très justement remarquer qu'aucun texte n'autorise le fils de famille à faire sur ce pécule des donations à cause de mort, même avec le consentement de son paterfamilias. « Les biens du pécule adventice appartiennent au fils, soit en nue propriété, soit même souvent en pleine propriété; s'il pouvait en disposer par donation à cause de mort, il serait en pareil cas le donateur. Mais il faudrait, pour qu'il eût ce droit, qu'il pût disposer par testament de ces mêmes biens; et précisément comme il n'a pas la *factio testamenti* (11. C. 6. 22) à l'égard de son pécule adventice aucun texte ne lui donne le pouvoir de faire des donations à cause de mort sur les biens de ce pécule² ». On peut toutefois remarquer que les donations à cause de mort sont permises au fils sur les biens du pécule profectice avec le consentement du père, et cela par plusieurs textes (25. § 1. D. 39. 6; 7. § 4. D. 39. 5); que les textes consacrent formellement le droit du fils de disposer par donation à cause de mort du pécule *castrans* et *quasi castrans* (7. D. 39. 5). Ne pourrait-on pas tirer de ces décisions un argument d'analogie pour autoriser les donations à cause de mort sur le pécule adventice? Nous verrons plus tard que les jurisconsultes des pays de Droit Écrit considéraient précisément que la principale utilité de la donation à cause de mort était d'offrir au fils de famille,

1. En ce qui concerne les biens donnés avec l'usufruit du père, M. Glasson va moins loin que nous. Suivant lui, la phrase « *licentiam habeant quo modo volunt disponere* » doit être interprétée par le texte grec moins extensif. « Dans le texte grec, on lit : διοικεω, ce qui signifie administrer et non disposer. » M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 87.

2. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, pp. 83-84.

qui ne pouvait tester, le moyen de disposer de ses biens par acte de dernière volonté.

Dans les rapports entre la personne *alieni juris* et le *paterfamilias*, la donation d'abord interdite, à cause de la confusion des personnes, est devenue possible. Le père, en émancipant le fils après la donation du pécule profectice sans lui en retirer le bénéfice, donne par là même à sa libéralité entre vifs une confirmation tacite : *pater, qui filiam quam habuit in potestate, mancipia donavit, et peculium emancipatae non ademit, ex postfacto donationem videbatur perfecisse* (31. § 2. D. 39. 5). S'il n'y a pas émancipation la mort du père de famille survenue sans changement de volonté fait valoir la libéralité, si elle a été insinuée ou si elle est inférieure au *modus* (25. C. 5. 16); si elle est supérieure au *modus*, il faut une confirmation testamentaire expresse. Cette dernière réforme émane de Justinien.

Malheureusement, la constitution est restée muette sur les donations faites par le fils de famille à son père. La question n'a pas d'intérêt pour le pécule profectice, puisque la donation du fils sur ce pécule n'augmenterait pas les droits du père. Pour la donation faite sur le pécule *castrans* ou *quasi castrans*, le fils de famille est considéré comme un étranger à l'égard de son père et peut, sans difficulté, lui faire une donation.

À l'égard du pécule adventice, on peut se demander si le fils de famille a le droit d'en disposer au profit de son père par donation. Pour la donation à cause de mort, la difficulté est la même que tout à l'heure : le fils de famille peut-il faire une donation à cause de mort sur le pécule adventice ? Mais même pour les donations entre vifs, la question est délicate. Tout d'abord nous croyons que, depuis Justinien, le fils peut faire à son père donation des biens qu'il a reçus d'un tiers avec dispense de l'usufruit du *paterfamilias* et faculté de libre disposition (Nov. 117. § 4). Pour les biens du pécule adventice, dont le père a l'usufruit, la solution à adopter dépend du caractère qu'on attribue au consentement du père, nécessaire pour la donation même à l'égard d'un étranger. Les uns voient dans ce consentement une question d'*auctoritas*. Le fils serait incapable sans ce consentement. Or, en

l'espèce, le père ne peut prêter son *auctoritas*, en vertu du principe : *Nemo in rem suam auctor esse potest*. D'autres soutiennent que si le consentement du père est requis, c'est parce qu'il faut qu'il renonce à ses droits sur le pécule adventice. Le fils de famille n'est pas incapable de faire une donation; ce qui le prouve, c'est qu'il peut disposer du pécule *castrans* ou *quasi-castrans*. Or, en acceptant la donation sur le pécule adventice, le père manifeste clairement qu'il la tient pour agréable. Cette donation aura pour résultat de lui assurer la pleine propriété, bénéfice qui a son importance, puisque sous Justinien le pécule adventice ne revient plus au père *jure peculio*, mais donne lieu à une véritable succession (11. C. 6. 39).

Au point de vue passif, les personnes *alieni juris*, même les esclaves, sont pleinement capables de recevoir une donation. Le bénéfice de la libéralité va enrichir le *paterfamilias*. Justinien permet néanmoins au donateur de réserver le plein et entier avantage de la libéralité au fils de famille gratifié : *hoc enim et extraneis relinquere poterant unde nulla parentibus utilitas nasceretur* (Nov. 117. 1).

§ III. — Incapacités édictées à titre de peine.

A cette idée se rattachent :

ART. I. — L'incapacité absolue de recevoir et de transmettre par donation qui frappe certains condamnés ¹. On s'est demandé si Justinien, en relevant, dans la Nouvelle 22. cap. 8 ², les condamnés *ad metalla*, et, peut-être même tous les condamnés de l'esclavage, qu'ils encouraient autrefois, ne leur a pas rendu en même temps la capacité de faire une donation. C'est là, croyons-nous, exagérer la portée de cette réforme dont la place même sous la rubrique *de nuptiis* indique clairement le but : en supprimant l'esclavage qui frappait les condamnés *ad metalla*, Justinien a voulu éviter la rupture

1. Les condamnés à mort, *ad metallum*, *ad bestias*, à l'interdiction de l'eau et du feu, à la déportation, aux travaux publics perpétuels. Ces condamnés se sont rendus coupables d'un *crimen capitale*. 2. D. *de pœnis*, 48. 19, qui emporte incapacité de donner et de recevoir : 15. D. *de donationibus*. 39, 5.

2. Et nullum ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri servum.

de leur mariage, mais rien ne prouve qu'il a fait disparaître l'incapacité de donner.

Cette incapacité repose non seulement sur l'esclavage, mais sur l'indignité, puisqu'elle atteint entr'autres le déporté qui n'a pas perdu sa liberté même avant Justinien, puisqu'elle annule la donation faite après le crime, mais avant la condamnation qui seule entraîne l'esclavage, pourvu que cette condamnation soit ensuite prononcée : *post contractum capitale crimen donationes factæ valent ex constitutione Divorum Severi et Antonini, nisi condemnatio secuta sit* (15. D. 39. 5). Pour les donations à cause de mort, il faut aller plus loin et considérer comme nulles toutes les donations même antérieures au crime : *si aliquis mortis causa donaverit, et pœna fuerit capitis affectus removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceteræ donationes sine suspitione pœnæ factæ valeant* (7. D. 39. 6). La condamnation doit du reste être devenue définitive avant le décès du donateur. Ainsi la donation sera valable, quoique faite après le crime, si le condamné décède au cours du procès, ou même au cours de l'appel ; c'est du moins ce qui se passe dans la matière des testaments (13. § 2. D. 28. 1). Néanmoins la donation est annulée en tous cas dans le crime de lèse-majesté. La condamnation, en effet, peut être prononcée après la mort de l'accusé (6. C. 9. 8), et l'effet de l'incapacité remonte à l'époque contemporaine de la première pensée du crime (5. § 4. C. 9. 8). Les fils d'un condamné pour crime de lèse-majesté sont même incapables de recevoir une donation à cause de mort, et très probablement une donation entre vifs (5. § 1. C. 9. 8). *Sint perpetuo egentes et pauperes.*

Nous pensons toutefois, bien que nous n'ayons pas de texte en matière de donations, que les condamnés ainsi frappés d'incapacité peuvent recevoir des aliments (3. D. 34. 8).

ART. II. — L'incapacité absolue qui frappe les hérétiques et les apostats : *Ipsos quoque volumus amoveri ab omni liberalitate... præterea non donandi... relinquimus facultatem* (4. C. 1. 5; 4. C. 1. 7).

ART. III. — L'incapacité relative qui frappe certaines personnes unies par des liens illégitimes :

1^o Interdiction pour les personnes vivant dans l'adultère ou l'inceste de recevoir une donation de leur complice (6. C. 5. 5). Justinien frappe de confiscation celui qui contracte une union incestueuse ¹;

2^o Interdiction aux militaires de donner aux vivandières avec lesquelles ils vivent (2. C. 5. 16);

3^o Interdiction à ceux qui sont prêtres, diacres ou sous-diacres de rien laisser aux femmes qui ont contracté avec eux une union illégitime et aux enfants nés de ce commerce (45. C. 1. 3);

4^o Interdiction pour les enfants adultérins ou incestueux de recevoir des dons de leurs père et mère. Justinien leur enlève même le droit de recevoir des aliments (Nov. 89 ch. 15).

4^o Limitation de la capacité de recevoir des enfants naturels et des concubins. Justinien adoucit les rigueurs des constitutions des empereurs Arcadius et Honorius (2. C. 5. 27), Valentinien, Valens et Gratien (L. 1. C. Th. *de naturalibus filiis*. 4. 6). Il consacre le chapitre 12 de la Novelle 89 à régler les trois hypothèses suivantes :

A. Le donateur n'a ni père ni mère, ni enfants légitimes; il pourra disposer d'après la loi 8. C. 5. 27 de la moitié et, plus tard, d'après la Novelle 89, de la totalité de ses biens, au profit de ses enfants naturels et de sa concubine ².

B. Le donateur ne laisse pas d'enfants légitimes, mais il a son père ou sa mère : il pourra encore disposer de sa fortune au profit des enfants naturels et de la concubine, mais sous réserve de la légitime de l'ascendant survivant ³.

C. Le donateur a des enfants légitimes; il ne pourra donner à sa concubine que la douzième partie de ses biens et à sa concubine seule, s'il n'y a pas d'enfants naturels, que la vingt-quatrième partie (Nov. 89. ch. 12. § 2⁴).

6^o Interdiction aux *feminae probrosae* de recevoir et de faire

1. Ses biens vont à ses enfants légitimes, s'il en a d'une autre union, ou, à leur défaut, au fisc. Nov. 12. ch. 1.

2. D'après Valentinien, Valens et Gratien, le donateur pouvait seulement disposer du 1/4.

3. Arcadius et Honorius ne lui permettaient de donner que la douzième de ses biens.

4. C'était déjà le droit en vigueur sous Arcadius et Honorius. La réserve profitait non seulement aux fils, mais aussi aux neveux et petits-neveux.

une donation à cause de mort. Justinien permet de les relever de cette déchéance, si elles reviennent à une vie honnête (23. § 3. C. 5. 4).

§ IV. — Incapacités des personnes morales

Nous adopterons, pour examiner la capacité des personnes morales dans les donations, une classification un peu spéciale : nous passerons d'abord en revue les personnes morales qui dépendent de l'Église catholique, soit qu'elles fassent partie de sa hiérarchie ou servent à son culte, soit qu'elles personnifient un intérêt charitable permanent : ce sont ce que nous pourrions appeler les personnes morales ecclésiastiques ; puis nous étudierons les personnes morales qui représentent une collection d'individus unis par des liens territoriaux, ou par la volonté du législateur, ou par leurs intérêts, leurs besoins, et leurs goûts, en d'autres termes les personnes morales laïques. Il nous sera plus facile de suivre cette division puisque Justinien rattache à l'Église et place sous sa surveillance toutes les personnes morales représentant un intérêt général de bienfaisance.

Comme exemple de personnes morales de la première classe, nous citerons, après Justinien, les églises, les monastères, les établissements destinés à soutenir les indigents *ptochia*, les voyageurs *xenodochia*, les orphelins *orphantrophia*, les malades *nosocomia*, les vieillards *gerontocomia*, les nouveau-nés *brephotrophia*.

A la deuxième classe appartiennent le peuple romain, les municipes, les cités, les bourgs, les colonies, les sociétés de publicains, les corporations d'artisans et les simples associations.

Nous ferons remarquer aussi qu'en parlant de la capacité des personnes morales en matière de donation nos explication se réfèrent en général à la donation entre vifs. La donation à cause de mort n'est guère du domaine juridique des personnes morales. Faire une donation à cause de mort, elles ne le peuvent pas, car en principe elles ne meurent point ¹.

1. Savigny admet même l'existence d'un collège quand tous les membres en sont morts. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, t. II, p. 279, § 89.

Être l'objet d'une donation à cause de mort, cela leur est bien difficile. Si nous rappelons en effet la définition de la donation à cause de mort que nous avons adoptée : une donation qui ne devient jamais parfaite qu'après la mort du donateur, devant être révoquée naturellement par son repentir, essentiellement par sa survie, nous trouvons que la donation à cause de mort faite à une personne morale ne présente jamais ce caractère essentiel d'être révocable par la survie du donateur : le donateur doit toujours et nécessairement précéder au donataire, être fictif qui échappe à la mort. Pour trouver une application de la donation à cause de mort à une personne morale, il faut supposer que la libéralité doit tomber non pas par la simple survie du donateur au donataire, survie impossible, mais par sa survie à un événement déterminé, par exemple à un voyage, à une maladie.

Art. I. — Personnes morales ecclésiastiques.

I. — La loi 42. § 6. C. 1. 3, constate la capacité qu'ont toutes ces personnes morales de recevoir une donation par l'intermédiaire de leurs représentants : *manifestum enim est : quod quisquis derelinquit vel donat, sive scriptis, sive sine scriptis xenodochio, vel nosocomio, vel ptochotropho, vel orphanotropho, idcirco dat, ut pie per ipsum dispensetur* ; la loi 46. § 9. affirme leur capacité de recevoir directement : *si vero aliqua eorum, quæ vocantur annalia legata relicta fuerint aut donata clero forte, aut monasterio, aut ascetriis, aut diaconissis, aut ptochiis, aut xenonibus, aut nosocomiis, aut brephotrophis, aut sanctissimarum ecclesiarum pauperibus, aut simpliciter cætibus quibusdam piis, aut omnimodo non prohibitis ex plebe collegiis...*

Ces différentes personnes morales n'ont besoin d'aucune autorisation du pouvoir civil pour recevoir une libéralité¹, ce qui d'ailleurs n'a rien d'étonnant, puisque, sous Justinien, elles n'ont pas besoin d'une autorisation pour se constituer², l'intervention de l'évêque étant seule exigée dans plusieurs

1. L'exemption est prononcée formellement pour les libéralités testamentaires, 1. C. 1. 2.

2. « A l'égard de cette seconde espèce de personnes morales, Justinien ne maintint pas la nécessité d'une opération législative spéciale, l'intervention d'un évêque fut désormais suffisante. » Accarias, t. I, § 185.

cas, par exemple pour l'érection d'une église ou d'un monastère (Nov. 67. ch. 1 et 2).

Si nous envisageons maintenant la capacité de disposer des personnes morales créées dans un but religieux ou charitable, nous devons dire qu'en principe elles sont incapables de faire une donation *mortis causa*, à cause de la nature même de cette libéralité, qui suppose le prédécès du donateur, une donation entre vifs, à cause de l'inaliénabilité de leur patrimoine revêtu d'un caractère sacré ou affecté à un service de charité permanent comme l'humaine misère qu'il doit soulager : *nos igitur (jam enim ad legem veniendum est) sancimus... neque episcopum, neque aliquem xenodochum, aut ptochotrophum, aut nosocomum, aut orphanotrophum, aut brephotrophum, aut gerontocomum, aut monasterii virorum vel mulierum abbatem vel abbatissimam, aut quemlibet omnino præsidentem venerabilibus collegiis licentiam habere alienare rem immobilem... Alienationis autem nomen generalius ideo posuimus ut prohibeamus et venditionem et donationem* (Nov. 7. ch. 1.) — *Sancimus nemini licere, sacratissima atque arcana vasa, vel vestes, cæteraque donaria, quæ ad divinam religionem necessaria sunt, vel ad venditionem, vel hypothecam, vel pignus trahere* (21. C. 1. 2).

Cette incapacité toutefois comporte des exceptions ou des dispenses : 1^o les revenus des immeubles possédés par les établissements de bienfaisance, les objets mobiliers qu'ils reçoivent sont destinés par la nature même de l'œuvre à faire l'objet de donations envers les pauvres : *omnia enim quæcumque ad sacra pertinent loca, vel quæ ad ipsorum præpositos post susceptam hujusmodi curam pervenerunt, vel perventura sunt, ad ipsa venerabilia pertinebunt loca : eaque pie in eos distribui et erogari volumus, qui in illis locis sunt vel curantur* (41. § 6. C. 1. 3).

2^o Les meubles appartenant aux églises, même les *res sacræ*, peuvent être aliénés pour racheter des captifs ou pour nourrir les pauvres, c'est-à-dire pour les donations les plus nécessaires : *sancimus nemini licere sacratissima atque arcana vasa vel vestes, cæteraque donaria... vel ad venditionem... trahere : excepta videlicet causa captivitatis et famis in lo-*

cis his, in quibus hoc quod abominamur contigerit... quoniam non absurdum est, animas hominum quibuscunque vasis, vel vestimentis præferri (21. C. 1. 2 et Nov. 120. ch. 10).

3° Enfin, par la Novelle 65, Justinien va jusqu'à permettre l'aliénation des immeubles appartenant à l'Église de Mysie pour racheter les captifs et nourrir les pauvres. Il est vrai que l'aliénation est entourée de nombreuses restrictions ; il faut que les immeubles aient été laissés dans ce but, que leur revenu soit incertain, par exemple s'ils s'agit d'une maison détruite, située loin de la ville, d'une vigne exposée aux incursions des barbares (Nov. 65. ch. 2).

Mais la Novelle 120 étend cette exception à toutes les églises et semble ne retenir de toutes ces exigences que le seul but, l'aliénation en faveur du rachat des captifs : *sanctissimas vero ecclesias (omnes seu œconomos) civitatum præcipimus alienare res immobiles pro captivorum redemptione; nisi sub hac conditione possessiones aliqui eis dederint : ut nullo modo has alienent* (Nov. 120. ch. 9. pr.).

L'incapacité des personnes morales de disposer à titre gratuit a pour conséquence l'incapacité de donner des évêques, surveillants naturels de toutes les œuvres pies ou charitables du diocèse, et des administrateurs spéciaux de chaque établissement de bienfaisance : *de his vero episcopis qui nunc sunt vel futuri sunt, sancimus nullo modo habere eos facultatem donandi, vel per aliam quamcumque excogitationem alienandi quid de rebus suis, quas postquam facti fuerint episcopi possederint et adquisierint* (42. § 2. C. 1. 3).

Cette incapacité est relative, elle ne s'applique qu'aux biens que les évêques et les administrateurs ont reçus pendant leur exercice de personnes autres que leurs très proches parents ; elle repose sur une présomption de fidéicommiss : les évêques et administrateurs n'ont reçu ces biens qu'à l'occasion de leurs fonctions et pour les transmettre aux œuvres qu'ils dirigent : *manifestum enim est, quod quisquis derelinquit vel donat sive scriptis, sive sine scriptis scenodocho... idcirco dat, ut pie per ipsum dispensetur* (42. § 6.)

II. — Nous rattacherons aussi à cette étude de la capacité des personnes morales créées dans un but religieux l'incapacité

qui empêche le moine, à partir de son entrée en religion, de disposer de ses biens devenus la propriété de son ordre et par conséquent de faire une donation : ingredientem namque simul sequuntur omnino res : licet non expressim, qui introduxerit eos, dixerit; et non erit dominus earum ulterius ullomodo (Nov. 5. ch. 5).

Justinien permet toutefois au religieux de partager toute sa fortune entre ses enfants. Il est seulement tenu de réserver au monastère une part d'enfant. S'il ne gratifie pas ainsi ses enfants, ceux-ci, à son décès, ont le droit d'exiger leur légitime : *si vero omnem substantiam inter filios dividere voluerit, propria sua persona filiis connumerata, unam sibi partem omnibus modis retineat, quæ debeat juri monasterii competere* (Nov. 123. ch. 38).

La capacité de recevoir une donation passe avec les biens du religieux à son monastère, plus exactement le religieux reçoit bien la donation, mais le bénéfice de cette libéralité va enrichir le patrimoine du monastère; ce qui le prouve, c'est que, si le religieux quitte plus tard son couvent, il y laisse tout ce qu'il possédait au moment de sa sortie (Nov. 123. ch. 42). Il est à remarquer en effet que les Romains n'avaient pas étendu à l'entrée en religion la fiction de la mort civile.

Art. II. — Personnes morales laïques.

L'influence de Justinien s'est fait beaucoup moins sentir sur la capacité de ces personnes morales et la plupart des textes qui les concernent sont contenus au Digeste, plutôt que dans le Code, et surtout que dans les Nouvelles.

I. — La première et la plus importante de ces personnes morales est l'État. C'est sa capacité qu'on prend comme type quand on veut donner une idée de celle des autres *universitates : quibus autem permissum est corpus habere collegii, sive societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum Reipublicæ, habere res communes* (1. D. 3. 4).

L'État est capable de recevoir une donation. La donation faite à l'État présente plusieurs particularités : sous le nom de *pollicitation*, elle oblige le donateur, avant toute accepta-

tion du donataire, si elle est faite à l'occasion d'une dignité conférée au donateur, ou pour un juste motif, par exemple *propter incendium, vel terræ motum, vel aliquam ruinam, quæ reipublicæ contingit* (4. D. 50. 12); ou bien encore si elle a reçu un commencement d'exécution : *non semper autem obligari eum qui pollicitus est, sciendum est si quidem ob honorem promiserit, decretum sibi, vel decernendum, vel ob aliam justam causam, tenebitur ex pollicitatione; sin vero sine causâ promiserit, non erit obligatus* (1. § 1. D. 50, 12). — *Item si sine causâ promiserit, cæperit tamen facere, obligatus est qui cæpit* (1. § 2).

L'État s'arroge le droit de ne pas respecter les conditions imposées à la donation : *item rescripserunt (imperatores) conditiones donationis adpositas, quæ in rempublicam fiunt, ita demum ratas esse, si utilitatis publicæ interest : quod si damnosæ sint, observari non debere* (13. § 1).

Enfin la donation faite à l'État est dispensée d'insinuation. Cette réforme est de Justinien (Nov. 52. ch. 2). Il s'agit plus exactement dans le texte de la donation faite à l'empereur : *ita neque a privatis imperatoribus factæ (donationes) non egebunt gestis monumentorum, cujuscunque quantitatis sint*. Mais l'empereur et l'État sont si bien confondus sous Justinien que nous n'hésitons pas à étendre cette dispense à toutes les donations envers l'État. Du reste, Justinien parle indifféremment, dans la Nouvelle 52, de l'empereur ou de l'empire : *non enim consequens est, ut nec his fruatur imperium a privatis, quæ ab eo præbentur illis*. Le bénéfice de la donation faite à l'État va enrichir le trésor de l'empereur, le *fiscus* qui, depuis longtemps, a absorbé l'*ærarium*.

L'État, par son représentant l'empereur, est également capable de faire des donations. Sous l'empire romain, l'empereur étant seul législateur et seul maître, et les biens du *fiscus* n'étant point protégés par la maxime de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne, il en résulte qu'il était le maître de disposer des biens fiscaux comme de ceux de son domaine privé¹. Il usait et abusait de cette faculté, surtout quand ces donations pouvaient lui gagner les faveurs populaires ou lui

1. Serrigny, *Droit public et administratif romain*, t. II, pp. 3 et 4, § 617.

conserver l'obéissance de l'armée. La donation faite par l'empereur était dispensée de l'insinuation depuis l'empereur Léon (Novelle 52, ch. 2; 19. C. 1. 2).

II. — Les règles que nous venons d'exposer sur la capacité de l'État s'appliquent en général à la capacité des autres personnes morales dont l'existence est due à une agglomération naturelle d'habitants. Ainsi Rome et Constantinople, les *villes* et même les *bourgs* sont capables de recevoir une donation. D'abord, très certainement, beaucoup de textes leur donnent la capacité de recevoir un legs et les motifs pour leur permettre de bénéficier d'une donation sont les mêmes : *si quid relictum sit civitatibus omne valet, sive in distributionem relinquatur sive in opus, sive in alimenta, sive in eruditionem puerorum, sive in quid aliud* (117. D. de legatis, 1^o. 30). Nous citons ce texte, car il précise exactement, bien que dans la matière des testaments, dans quel but sont faites les libéralités aux villes. D'autres textes visent spécialement la matière des donations : *si quæ hæreditatis, vel legati, seu fideicommissi, aut donationis titulo, domus, aut annonæ civiles aut quælibet ædificia vel mancipia ad jus Inclytæ Urbis, vel alterius cujuslibet civitatis pervenerint...* (3. C. 11. 31).

Les cités comme l'État jouissent du privilège d'exiger l'exécution de la simple pollicitation de donation suivie d'un commencement d'exécution ou faite pour une *justa causa* (135. 3. § 1; 7. D. 50. 12).

Mais la donation qui leur est faite n'est pas dispensée d'insinuation au-dessus de 500 solidi (19. C. 1. 2).

Nous ne croyons pas, non plus, que les villes puissent faire des donations en dehors des cadeaux plus ou moins volontaires qu'elles offrent à l'empereur, comme l'*aurum coronarium* ou la *strena* (1. C. 12. 49). En effet, les restrictions apportées, depuis la constitution de Léon (3. C. 11. 31), à l'aliénation à titre onéreux de leurs biens laissent supposer que les aliénations à titre gratuit leur étaient interdites.

Les administrateurs des villes et des bourgs, les décursions, sont frappés, comme les administrateurs des établissements de bienfaisance, d'une incapacité de disposer à titre gratuit. Mais le motif, et par suite la portée de cette incapacité sont différents : nous avons vu que pour les administra-

teurs des établissements de bienfaisance cette incapacité naissait d'une présomption de fidéicommiss et n'atteignait que les biens reçus pendant la durée de la fonction ; l'incapacité des décurions ne repose au contraire que sur un intérêt fiscal, ils ont commencé par être les répondants de l'impôt et, sous Justinien, ils sont devenus ses esclaves. Écrasés sous le poids toujours grandissant des exigences du fisc, ils s'efforcent par tous les moyens d'échapper à sa domination, aimant mieux, c'est Justinien qui le constate durement, renoncer aux joies de la famille plutôt que de transmettre leurs charges à de misérables héritiers : *denique quoniam ipsis corporibus fraudare curiam voluerunt, rem omnium impiam adinvenierunt, a nuptiis legitimis abstinentes, ut eligerent magis sine filiis, quam sub lege deficere, aut generi suo vel curiae inutiles apparere* (Nov. 38. § 1). Pour atteindre leur fortune sans cesse fugitive, Justinien leur interdit successivement la donation entre vifs de biens immobiliers, du moins sans l'autorisation du gouverneur de la province, puis, d'une façon absolue et sans dispense, toute donation entre vifs de ces mêmes biens à l'exception des donations *ante nuptias* ; plus tard il crée au profit de la curie municipale une réserve du quart qui frappera la donation *ante nuptias* (Nov. 38. præf.) ; enfin il défend aux décurions mêmes la donation à cause de mort de biens immobiliers (Nov. 87. cap. 1), sauf en cas de donation *ante nuptias* à l'occasion de leur propre mariage ou de celui de leurs enfants, de dot à leurs filles et encore en respectant la réserve de la curie.

III. — Au-dessous de ces personnes morales qui font partie de la hiérarchie politique et territoriale, nous rencontrons les innombrables associations qui couvrent l'empire : *universitates, sodalitates, collegia*. A la différence des précédentes, elles ne peuvent exister qu'en vertu d'une constitution impériale : *neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur ; nam et legibus et senatus-consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur ; paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora* (1. pr. D. 3. 4).

La remarque de Gaius sur le petit nombre de ces associations autorisées n'est plus exacte à l'époque de Justinien, où

les collèges d'artisans sont devenus obligatoires dans toutes les professions ¹, mais le principe de la nécessité de l'autorisation législative pour la formation de toute association est resté le même.

Cette autorisation accordée, l'association jouit de la personnalité morale, *quibus autem permissum est corpus habere collegii, sive societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum Reipublicæ habere res communes* (1. § 1. D. 3. 4); elle peut par conséquent recevoir des libéralités. Bien que les textes constatent surtout la capacité de l'association de recevoir des libéralités testamentaires (20. D. 34. 5), nul doute qu'elle ne puisse, à plus forte raison, recevoir des libéralités entre vifs; les inscriptions en font foi: *locum sepulturæ donavit C. Valgius Fuscus collegio jumentariorum portæ Gallicæ, posterisque eorum omnium et uxoribus, concubinisque* ². Jouit-elle aussi de la capacité de faire une donation? Dans le droit classique probablement, car les conventions des *sodales* fixent la capacité du *collegium*: *his autem potestatem facit lex, pactiorem, quam velint, sibi ferre: dum ne quid ex publica lege corrumpant* (4. D. 47. 22).

Sous Justinien, cette liberté de disposer à titre gratuit du patrimoine corporatif n'existe certainement plus. L'administration s'immisce dans le fonctionnement des collèges d'artisans et la réglementation est poussée à son comble. « Les fêtes, les banquets ont complètement disparu; l'argent fait défaut: il n'y a plus de donateurs généreux et tout le monde est ruiné. Le peu de revenus qui restent à l'association, loin de servir à secourir les membres malheureux, sert à payer les lourds impôts que réclament sans cesse les agents fiscaux ³. » Comment concevoir que dans cet état de misère et de sujétion les collèges aient pu amoindrir par des libéralités leur patrimoine, gage du fisc? Du reste, plusieurs textes du Code Théodosien viennent appuyer cette opinion. Ainsi la loi 3. C. Th. *de collegiatis*. XIV. 3. porte que dans

1. H. Glottin, *les Syndicats professionnels*, p. 27.

2. Orelli, *Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio*, t. II, CXVII. Collegia, Corpora, Sodalia, Inscript. 4093.

3. Glottin, *les Syndicats professionnels*, p. 55.

les testaments et autres dispositions de dernière volonté les libéralités faites à des étrangers seront regardées comme nulles, si ceux qui sont gratifiés des biens d'un boulanger n'acceptent aussi volontairement la fonction de boulanger ; la loi 5. C. Th. 14. 4. déclare que les biens donnés entre vifs par les membres de la corporation des marchands de pores retourneront à l'association ou que leurs détenteurs seront personnellement soumis aux mêmes charges que les autres membres. C'est bien là proclamer le principe que les biens des membres sont assujettis au service de la corporation. Nous pouvons en conclure qu'à plus forte raison les biens du *collegium* lui-même ne peuvent être détournés du but pour lequel l'Association a été créée et que les membres sont incapables d'en disposer par des libéralités. Ces espèces sont, il est vrai, empruntées au Code Théodosien, mais nous retrouvons dans le Code de Justinien l'esprit général qui les a inspirées, comme le prouve ce texte du titre *de Murilegulis: ab illis autem qui rebus eorum (Murilegulorum) videntur inhiasse, quos in sua origine permanere et solemnibus ministeriis inservire manifestum est, omnia quaecumque constiterit ex quocumque titulo possessa, antiquis possessoribus restituantur. Quod si alienigenæ detentores oneribus conditionis extraneæ maluerint subjacere quam restituere facultates, et futura deinceps agnoscant munera sibi esse subeunda* (11. C. 11. 7).

SECTION IV

Des donations déguisées dans un contrat onéreux et des donations par personne interposée.

Les différentes incapacités que nous venons d'énumérer supposent, comme corollaire nécessaire, l'interdiction de donner indirectement. La fraude ne peut être un moyen d'échapper aux prescriptions de la loi.

Deux procédés servent au donateur à éluder les incapacités : il déguise sa donation sous un contrat à titre onéreux ou il charge un donataire apparent, mais fictif, de faire par-

venir le bénéfice de la libéralité au donataire véritable, mais caché.

Il n'y a pas, dans le droit de Justinien, de théorie générale de la nullité des donations déguisées sous un contrat onéreux. Les textes nous offrent seulement de nombreuses espèces où cette nullité est prononcée, en matière de vente par exemple : *Neratius autem (cujus opinionem Pomponius non improbat) venditionem, donationis causa inter virum et uxorem factam, nullius esse momenti* (5. § 5. D. 24. 1); en matière de société : *si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgo nulla est* (32. § 24. D. 24. 1), etc. Dans tous ces cas, la nullité nous est présentée comme une conséquence toute naturelle et qui ne donne lieu à aucune discussion : *cum tam ea quæ simulate aguntur, quam quæ in uxorem a marito donationis causa tempore matrimonii procedunt, propter juris interdictum (cum proponas uxorem superstite marito rebus humanis exemptam) pro infectis habeantur* (20. C. 5. 16).

La nullité de la donation par personne interposée à un incapable est constatée expressément dans la loi 5. § 2. D. 24. 1 : *generaliter tenendum est quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere*. L'interposition de personne doit être prouvée ; elle n'est présumée que si le donataire apparent et le donataire véritable sont sous la puissance l'un de l'autre ou tout au moins sous la puissance d'un même *paterfamilias* (3. D. 24. 1).

Ces textes, empruntés au Digeste, sont relatifs à la nullité des donations entre époux. Mais Justinien constate lui-même très explicitement, à propos de l'incapacité des descendants illégitimes des prêtres, diacres ou sous-diacres, la nullité de la donation faite par personne interposée ou déguisée sous un contrat onéreux : *ac nec donationem ab illis (genitoribus) capere possint, neque hi, neque horum matres, ne per interpositas quidem personas, sed omnibus in his collatis a patribus beneficiis ad sanctam ecclesiam, ex quâ sunt, qui talia deliquerunt, revertentibus... Si vero simulata quardam obligatio sub specie mutui vel alterius contractus instrumenti fiat, quæ obligatum faciat eum, qui hujusmodi*

constuprationis particeps factus est, hanc etiam infirmam esse volumus (45. C. 1. 3). Ailleurs l'empereur répète, à propos de la capacité restreinte des enfants naturels, que leur père ne peut leur donner davantage au préjudice des enfants légitimes *par aucun procédé : sed et si quid amplius dare tentaverit quolibet modo, hoc fieri filiorum legitimorum* (Nov. 89. cap. 12. § 2). Ces citations, qu'on pourrait multiplier, montrent bien que, dans le droit de Justinien, la donation faite au profit d'une personne incapable de recevoir est nulle, qu'elle soit faite directement ou indirectement.

CHAPITRE III

EXTENSION DE LA LÉGITIME AUX DONATIONS INOFFICIEUSES

Les donations sont restées pendant longtemps sans être soumises à aucune limitation légale ayant pour but de protéger les héritiers contre des dispositions exagérées de leur auteur. Cette absence prolongée de réserve tient probablement à la rareté des donations que nous avons signalée.

I. — A partir de Septime-Sévère le système de la *quarte Falcidie* fut étendu des legs aux donations à cause de mort (S. C. 6. 50). On sait que, « sans limiter le chiffre ou la quotité de chaque disposition, la loi Falcidie décida que l'ensemble des legs ne devrait pas dépasser les trois quarts de l'hérédité, sinon il y aurait lieu à une réduction proportionnelle de telle sorte que l'institué retint toujours un quart de l'hérédité. C'est ce quart qu'on appelle quarte Falcidie ¹ ». Par application de ces principes, l'héritier testamentaire ou ab intestat (2. C. 8. 57), quand les donations à cause de mort dépassent les trois quarts du patrimoine du défunt, peut les faire réduire de façon à retrouver ou compléter le quart de l'héritage qui doit lui revenir. L'héritier recouvre le montant de la quarte Falcidie par une revendication *pro parte*, ou, s'il s'agit de choses de genre, par une *condictio*.

Justinien a laissé subsister ce système. Seulement à partir de la Nouvelle 48. ch. 1. la légitime de certains héritiers ab intestat dépassant la quarte Falcidie et atteignant un tiers s'il y a quatre enfants, une moitié s'il y en a plus de quatre, l'exercice de cette légitime contre les donations à cause de mort, dans la mesure où elle est supérieure à la quarte, donne lieu à des difficultés. D'une part la revendication *pro parte* n'a été créée qu'en vue de la quarte Falcidie; d'autre part

1. Accarias, tome I, § 401.

l'action *ad exemplum inofficiosi* a été instituée contre les donations entre vifs, en vertu de quel texte l'étendre dans ce cas contre les donations à cause de mort. Nous serons donc obligés de nous en tenir aux arguments d'analogie pour adopter, avec M. Glasson ¹, la seconde solution.

II.—La *quarte légitime* dont nous venons de parler est la part de la succession réservée à certains héritiers ab intestat : descendants ; ascendants ; frères et sœurs consanguins si le bénéficiaire des libéralités du *de cuius* est *persona turpis*. Le légitimaire qui n'a pas reçu par une libéralité de dernière volonté, et sans que son exhérédation ou son omission ait un motif sérieux, le quart de sa part héréditaire, a, pour recouvrer sa légitime, à défaut de tout autre moyen de droit, la *querela inofficiosi testamenti* dont le but est de faire prononcer la rescision du testament. Toutefois à partir de la Nouvelle 115, d'une part, le légitimaire ne peut plus recevoir sa légitime d'une disposition de dernière volonté, mais doit être institué ou exhéredé ou omis pour une cause légale (Nov. 115. ch. 3. § 14 *in fine*) ; d'autre part, il suffit qu'il soit institué pour une somme quelconque et il obtiendra le reste de sa légitime par une action en complément, une *condictio ex lege* (ch. 4). En même temps, la *querela* ne fait plus tomber le testament en entier, mais seulement l'institution ; les legs et autres dispositions sont maintenus (ch. 3. § 14). Mais la légitime peut aussi être absorbée par des libéralités entre vifs. Pour éviter ce résultat, un rescrit d'Alexandre Sévère (87. § 3. D. *de leg.* 2°. 31) a créé contre ces donations dites inofficieuses une action *ad exemplum inofficiosi* qui a pour résultat de les faire réduire de façon à remplir le légitimaire de son quart. A la différence de la quarte Falcidie, qui appartient à tout héritier testamentaire et ab intestat, et de la revendication *pro parte*, qui est intentée contre le légataire ou le bénéficiaire *mortis causa*, la quarte légitime n'appartient qu'à certains héritiers ab intestat et la *querela inofficiosæ donationis* a été créée contre les donataires entre vifs (*de inofficiosis donationibus*. C. 3. 29).

Les réformes de Justinien, en cette matière, ne sont que le

1. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 175.

contre-coup de ses constitutions sur la *querela inofficiosi testamenti*, comme le constate la loi 9. C. 3. 29 : *non convenit dubitari quod immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta : ut sit in hac actionis utriusque vel una causa vel similis existimenda vel idem et temporibus et moribus*. Ainsi la légitime n'est plus du quart, mais du tiers et même de la moitié (Nov. 18. ch. 1); les causes d'exhérédation ou d'omission qui permettent de dépouiller un héritier de sa légitime, et par conséquent de son recours contre la donation immodérée, sont limitativement énumérées (Nov. 115. ch. 3 et 4). Comme conséquence de cette assimilation entre la *querela inofficiosi testamenti* et la *querela inofficiosæ donationis*, nous admettons que cette dernière s'éteint par la mort du *querelans* et par la renonciation.

Ajoutons que, pour apprécier si la légitime a été entamée, on rétablit fictivement le patrimoine dans l'état où il se trouvait au moment de la donation. Le légitaire doit obtenir une valeur égale à la quotité de la légitime au moment de la donation : *in tantum autem auctâ quantitate quantum habuit substantia patris antequam donationibus exhauriretur* (Nov. 92. ch. 4).

Nous mentionnerons ici, à cause de leur analogie avec les restrictions précédentes, les *légitimes du patron*, de l'*adrogé impubère*, de la *femme indigente*.

III. — L'Édit créait au profit du patron ¹ une légitime de moitié sur la succession de l'affranchi décédé sans enfants naturels ². Cette légitime s'exerçait en cas de besoin contre les libéralités entre vifs de l'affranchi faites en fraude des droits du patron par une action en rescision dite *Calvisiana* quand le patron succédait *ab intestat*, et *Faviana* dans tous les autres cas. Justinien a laissé subsister ces actions (1. 2. C. 6. 5) : *defuncto quidem liberto patronus intestato succedens, per actionem Calvisianam in ejus fraudem alienata revocare potest. Verum cum patronum post liberti sui mortem ab eo fundi collutam donationem habuisse ratam adseveras, manumissoris factum infirmare successores ejus minime*

1. De ses fils et petit-fils par les mâles.

2. Le mot naturel est ici pris par opposition à adoptifs.

possunt. Seulement par une constitution de l'an 530, dont le texte ne nous est malheureusement pas parvenu en entier ¹, il a modifié la légitime du patron :

L'affranchi a-t-il testé ? Il faut distinguer et mesurer sa capacité à sa richesse. Si la fortune de l'affranchi est inférieure à cent sous d'or, le patron n'a point de légitime. Si elle est supérieure à cent sous d'or, la légitime du patron est du tiers, mais il ne peut l'invoquer que si le défunt ne laisse pas de descendants ou si ceux-ci sont valablement exhéredés ou omis au profit d'étrangers.

L'affranchi est-il décédé sans faire de testament ? S'il laisse des descendants, le droit du patron à la légitime ne prend pas naissance ; s'il meurt sans postérité, le droit du patron s'agrandit et s'étend à toute la succession.

La légitime passe du patron à ses descendants, des descendants aux collatéraux jusqu'au 5^e degré.

Du reste, dans ces réformes ainsi résumées, rien ne prouve que l'ancien exercice de la légitime contre les donations ait été abrogé par Justinien. C'est par là que cette question se relie à notre sujet.

IV. — *L'adrogé impubère émancipé sine justâ causâ* ou faisant partie de la famille de l'adrogeant au moment du décès et exhéredé même avec *justâ causâ* a droit au quart des biens de l'adrogeant ; ce quart, appelé *quarta Divi Pii*, peut être rempli même par des biens pris sur des donations entre vifs constituées au préjudice de l'adrogé. Par analogie avec la légitime du patron, on donne à l'adrogé contre le donataire entre vifs des actions *Calvisiana* ou *Faviana* utiles. Nous croyons que c'est à cette *quarta Divi Pii* que Justinien fait encore allusion dans la loi 10 *in fine*. C. 8. 48 : *et omnia que ad filium arrogatum veteres legumlatores introduxerunt, intacta illabataque in eorum personis reserventur*.

V. — *La quarte de la femme indigente* est une heureuse innovation de Justinien. La Novelle 53 accordait indifféremment à la femme pauvre sans dot ou donation *propter nuptias* aussi bien qu'au mari indigent une légitime du quart ²

1. La restitution de ce texte se trouve au Code, loi IV, § 44, liv. 6. tit. IV.

2. La femme sans dot répudiée *sine justâ causâ* ou invoquant elle-même une juste cause de divorce a aussi une légitime du quart (Nov. 22, ch. xviii ; Nov. 74, ch. v. 44. C. 5. 47).

sur la succession du conjoint riche prédécédé (Nov. 53. ch. vi). La Nouvelle 117 supprime le droit du mari pauvre et restreint le droit de la femme, s'il y a des enfants, à un usufruit. Cet usufruit est du quart des biens du mari en présence de trois enfants et d'une part d'enfant en présence de quatre et au-dessus. La légitime est en pleine propriété si les héritiers ne sont pas des enfants ; en toute hypothèse elle ne peut dépasser 100 livres d'or (Nov. 117. ch. v). Bien que Justinien n'ait pas parlé de l'exercice de cette légitime contre les libéralités entre vifs, l'esprit de sa législation nous conduit à donner à la femme la même protection contre des donations exagérées qui épuiserait le patrimoine du mari.

La capacité du donateur se heurte également à la légitime dans les constitutions de dot. Le légitimaire a contre le mari de la femme donataire pendant le mariage et, après la dissolution, contre ceux qui conservent la dot, une *quarta inofficiosæ dotis* soumise aux règles que nous résumions tout à l'heure en matière de donations inofficieuses (*de inofficiosis dotibus*. C. 3. 30).

CHAPITRE IV

DE LA FORME DES DONATIONS DANS LE DROIT DE JUSTINIEN

Au point de vue de la forme, les donations se rattachent à deux types : la donation entre vifs et la donation à cause de mort. Justinien a achevé de préciser les différences qui séparent ces deux classes et a fait rentrer dans l'une ou dans l'autre toutes les donations.

SECTION PREMIÈRE

Forme des donations entre vifs

§ I. — **Forme intrinsèque**

Legitima conventio est, dit Paul, *quæ lege aliqua confirmatur : et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus-consulto adjuvatur* (6. D. de pactis. 2. 14). Nous avons tenu à rappeler ce texte parce qu'il marque bien la portée de l'innovation principale de Justinien dans la forme des donations. Jusqu'à ce prince, en effet, la donation n'a pas de forme propre : pacte dédaigné, elle se cache tour à tour sous les formes ordinaires d'une donation, d'une obligation, d'une délégation, d'une remise de dette. C'est un pacte nu obligé de revêtir des vêtements d'emprunt. Deux exceptions sont faites à cette rigueur : la convention de donation est obligatoire, depuis Antonin le Pieux, entre ascendants et descendants, lorsqu'elle a été constatée dans un écrit remis au donataire¹ ; le simple pacte

1. *Fragmenta Vaticana*, §§ 249-297, 314, 4. C. Th. de donat. viii. 12.

suffit à constituer la dot depuis Théodose II et Valentinien III (6. C. 5. 44).

Justinien bouleverse tous ces principes en faisant de la donation un *pacte légitime*. La simple convention de donation devient obligatoire et fait naître au profit du donataire une *condictio ex lege* qui lui permet d'obtenir la translation de la chose donnée : *perficiuntur (donationes) autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio¹ eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit : ut etiamsi non tradantur habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incombatur donatori* (§ 2. *Inst.* 2. 7). Désormais la forme intrinsèque des donations consiste généralement dans le concours des deux volontés du donateur et du donataire, on pourrait presque dire, si ce n'était un paradoxe, que la forme des donations est de n'en avoir pas.

Nous avons employé à dessein le mot « généralement », car la donation peut exister sans que les deux volontés se rencontrent ou, plus exactement, sans qu'elles se rencontrent sur le même terrain. La question de savoir si la donation est nécessairement un acte bilatéral a été discutée surtout à propos de la donation à cause de mort, mais la discussion peut être généralisée et étendue à toute donation.

Ortolan paraît exiger le concours des volontés du donateur et du donataire : parlant des différences qui séparent la donation à cause de mort du legs, il dit, en effet, que la donation à cause de mort « s'opérait par un concours de volontés et par un acte accompli entre le donateur et le donataire (*præsens præsentî dat*)². » Le texte auquel font allusion ces mots *præsens præsentî dat* est la loi 38. D. 39. 6 : *inter mortis*

1. Sed si quidem in omnibus supradictis casibus usufructus fuerit a donatore retentus et traditionem jure intelligi fieri. Sin autem hoc minime donator expresserit; si quidem stipulatio donationi inserta sit, ex ejus auctoritate traditionem compelli fieri. Sin vero et hoc prætermisum sit, et usufructum minime detinuerit, nihilominus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimavit: ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditæ sunt: nec confirmetur ex traditione donatio: sed liberalitatem plenam, et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo, vel res, vel partem substantiæ quam nominaverit, vel totam substantiam tradere (35. § 5. C. de donat. 8. 54).

2. Ortolan, *Explication historique des Institutes*, tome II, p. 382, n° 561.

causa donationem et omnia que mortis causa quis ceperit est earum rerum differentia : nam mortis causa donatur, præsens quod præsenti dat, at mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis. M. Glasson, rapprochant le texte latin du texte grec des *Basiliques*, fait remarquer que ces mots *præsens præsenti dat* signifient simplement que « dans la donation à cause de mort on reçoit du vivant de celui qui fait la libéralité et c'est lui qui fait tradition au donataire ; dans la *mortis causa capio*, au contraire, on reçoit d'un tiers *conditionis implendæ causa vel post impletam conditionem* ¹. » M. Glasson examine du reste, dans son étude sur les donations à cause de mort, les deux systèmes opposés qui font de la donation à cause de mort un acte unilatéral ou bi-latéral. Ses conclusions, que nous pouvons appliquer à la matière tout entière des donations, se résument ainsi : « d'après nous, la donation à cause de mort n'est pas toujours et nécessairement un acte bilatéral : sans doute, le plus souvent elle suppose le consentement des deux parties, par exemple, quand elle se fait sous forme de *mancipatio*, d'*in jure cessio*, de tradition, de stipulation, mais c'est en réalité parce que ces actes juridiques, dont elle emprunte la forme, exigent cette condition. On doit donc en conclure que si, dans tels cas déterminés, peu nombreux d'ailleurs, la donation à cause de mort peut revêtir la forme d'un acte susceptible d'être valablement fait par une seule personne, elle ne sera pas nulle à cause de cette circonstance que le donataire ne serait pas intervenu ². »

M. Accarias cite plusieurs exemples de ces donations unilatérales : « que je fasse, dit-il, des travaux de culture ou des constructions sur un fonds que je sais ne pas m'appartenir, que je laisse une usucapion s'accomplir ou une servitude s'éteindre par le non-usage, que je subisse une condamnation faute d'avoir opposé une exception perpétuelle, voilà de véritables donations sans convention, pourvu qu'il y ait dans mon fait, non pas simple insouciance et oubli de mes intérêts, mais désir réfléchi d'enrichir un tiers qui n'y songe pas (L. 14. *de don.* — L. 5. § 6. — L. 44. *de don. int. vir. et*

1. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*. Paris, 1890, § 38.

2. M. Glasson, *loc. cit.*, § 39.

ux. — L. 12. *de nov.* 46. 2). C'en est une aussi et plus évidente encore, lorsque, sachant ne rien devoir, je paie à quelqu'un qui se croit mon créancier ou que, pour gratifier le débiteur principal, je fais à son insu une acceptilation au fidéjusseur (L. 25. *pr. quæ in fraud. cred.* 42. 8. — L. 53. *de reg. jur.* 50. 17¹). Dans tous ces cas, il y a rencontre des deux volontés en ce sens que le donateur veut faire sortir un droit de son patrimoine et le donataire faire entrer ce même droit dans le sien, mais les deux volontés ne se rencontrent pas sur la cause de cet enrichissement; pour le donateur cette cause est la donation; pour le prétendu donataire cette cause est un autre contrat.

Il ne faudrait pas conclure toutefois que la libéralité est imposée au donataire; il reste toujours libre de rejeter le bénéfice d'une donation qu'il n'a pas acceptée; dans ce sens, on peut répéter après Ulpien : *non potest liberalitas nolenti adquiri* ².

A ce point de vue, il est intéressant de rapprocher du texte français qui fait de l'acceptation expresse une condition de l'existence de la donation : « la donation n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour où elle aura été acceptée en termes exprès » (art. 932. § 1. C. C.) le texte des Institutes qui ne parle que de la volonté du donateur : *perficiuntur (donationes) autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit* ³.

Ces donations unilatérales ne sont d'ailleurs, hâtons-nous de le dire, que des exceptions. La règle générale reste donc, dans le droit de Justinien comme dans le droit français, que la donation naît de l'accord des volontés; c'est le mérite de Justinien d'avoir donné à cet accord son effet naturel, l'exercice d'une action.

1. M. Accarias, *Précis de Droit romain*, 4^e éd., t. I, § 301.

2. 49. § 2. D. 39, 5.

3. On s'est toutefois appuyé sur une scène de l'*Andria* de Térence pour prétendre que l'acceptation expresse du donataire était une condition essentielle de la donation à Rome : dans l'acte V, scène iv, vers 47-48, Chrémès dit qu'il donne dix talents de dot à sa fille; Pamphile, qui doit l'épouser, répond de suite : *accipio*. Mais Térence vivait de 193 à 159 avant J.-C. A cette époque la convention de donation n'avait pas par elle-même de valeur, on se servait pour la constitution de dot de la *dotis dictio*, contrat spécial aux paroles solennelles. En admettant même le sens juridique donné aux vers de Térence, on ne peut donc en tirer argument pour les donations ordinaires. En tous cas, la *dotis dictio* avec la nécessité de l'acceptation expresse est tombée en désuétude depuis Théodose II et Valentinien III et remplacée par le pacte de dot.

Justinien a pris la peine de nous expliquer lui-même le motif de sa réforme : « Puisque chacun, dit-il, est libre de faire ce qu'il a entrepris, il faut ou ne pas se précipiter vers son but, ou, lorsqu'on s'est hâté de l'atteindre, ne pas chercher à détruire soi-même ce qu'on se proposait en imaginant des expédients et ne pas abriter sous des apparences légales un tel mépris de sa parole, *cum enim in arbitrio cujuscunque sit hoc facere quod instituit : oportet eum vel minime ad hoc proselire, vel quum ad hoc venire properavit, non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare, tamquam inde votionum quibusdam quasi legitimis velamentis protegere* ¹. » Donateurs, répétons-nous en commentant le texte de Justinien, réfléchissez avant d'agir, mais votre parti une fois pris, votre parole donnée, ne cherchez pas à la reprendre en alléguant qu'elle n'a point été suivie des formalités qui peuvent la faire passer du domaine des pactes dans celui des contrats ; désormais, le pacte de donation produira, comme la vente, une action *ad exemplum venditionis*, *nostra constitutio eas in se habere necessitatem traditionis voluit ut etiam, si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas in-combat donatori* (§ 2. Inst. 2. 7). C'est le renversement définitif et officiel de la théorie de la loi *Cincia* qui favorisait tous les retours du donateur, ce n'est pas encore, s'il s'agit d'une donation *dando*, le transfert de la propriété par le seul fait de la donation, comme sembleraient le faire croire les Institutes au début du titre des donations : *est et aliud genus acquisitionis donatio* (pr. Inst. 2. 7.)

§ II. — Forme extrinsèque des donations. — Insinuation.

Parallèlement à l'abandon de la loi *Cincia* une autre théorie naissait lentement, grandissait, passait des mœurs dans les lois : nous voulons parler de l'insinuation. Quand la théorie ancienne, ébranlée depuis longtemps, s'écroula, emportée par la réforme de Justinien, la théorie nouvelle de l'insinuation apparut toute construite et prête à prendre la place,

1. 35. § 5. C. 8. 54. Voir aussi Nouvelle 162. ch. 1. pr.

comme ces murailles que les assiégés élèvent peu à peu derrière l'enceinte ruinée d'une ville et qui viennent, au moment où s'ouvre la brèche, arrêter les efforts des assaillants surpris.

Nous avons dit que la loi *Cincia* avait pour but principal de protéger le donateur contre la spontanéité d'un premier mouvement, de l'empêcher de faire ce que nous pourrions appeler un coup de tête, en l'obligeant à se dépouiller de tout recours par action et exception ou au moins à persévérer dans son intention libérale jusqu'à la mort. Mais cette protection une fois disparue ¹, le donateur se trouva de nouveau sans appui contre les entraînements irréflechis, exposé à se dépouiller lui-même et à frustrer sa famille par des libéralités inconsidérées et injustes. C'était un premier mal, auquel mal il fallait apporter un remède dans l'intérêt des donateurs et des familles.

Le Crédit public était menacé d'un autre danger par le développement « des transmissions occultes qui déplacent les biens sans bruit et portent atteinte aux droits acquis. A l'origine, il est vrai, cet inconvénient se faisait peu sentir, grâce aux étroites limites du territoire romain et à la facilité avec laquelle le transfert de propriété était, par la présence des témoins ou du magistrat, porté à la connaissance de tous. A mesure que Rome s'agrandit, cet inconvénient augmenta ² ». Tant que la loi *Cincia* subsista, la nécessité du transfert de la possession ajoutée au mode solennel d'aliénation avertissait encore très suffisamment les tiers de la mutation de propriété. L'abrogation tacite de cette loi fit disparaître cette publicité indirecte. Ajoutons que la rétention d'usufruit équivalait à tradition et facilitait d'autant plus les mutations occultes ³. C'était un second mal auquel il fallait s'opposer dans l'intérêt des tiers.

Les empereurs le comprirent. Constance Chlore exigea à

1. La loi *Cincia* est tombée en désuétude entre le règne de Constantin, où la loi 4. C. Th. 8. 12. constate son existence, et le règne de Justinien, où la Nouvelle 162. ch. 1. pr. rappelle sa disparition déjà ancienne.

2. Noirot, *Des formes des donations entre vifs*, page 36.

3. *Quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, usumfructum ejus retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio; sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere quod tradere.* 28. C. 8. 54.

peine de nullité l'insinuation des donations ¹ : *Pater noster*, dit Constantin, *nullam voluit liberalitatem valere si actis inserta non esset. Nos etiam inter sponso ad sponsas omnesque personas eam solam donationem ex promulgata legis tempore valere sancimus, quam testificatio actorum secuta est* (1. C. Th. 3. 5. anno de J.-C. 319). L'obligation de l'insinuation ne s'appliquait probablement pas, à l'origine, aux donations *inter personas exceptas*, c'est-à-dire *inter parentes et liberos*, mais cette exception disparut bien vite : *quum igitur ne liberos quidem ac parentes lex nostra ab actorum confectione secernat, id, quod necessario super donationibus apud acta conficiendis, jampridem statuimus, universos teneat* (5. C. Th. 8. 12. anno 333).

Constantin, dans un édit de 323 ² (1. C. Th. 8. 12; 25. C. 8. 54), exigeait en outre, pour la validité, ou plus exactement pour la preuve de la donation ³ : un écrit contenant désignation de la chose donnée, du droit du donateur, écrit dressé devant témoins; une tradition en présence de témoins et de voisins. Nous rappelons ces formalités pour mémoire, car elles ont été abrogées avant le règne de Justinien. En 417, Honorius et Théodose II ont assimilé à nouveau la rétention d'usufruit à la tradition (28. C. 8. 54). En 428, on voit disparaître, sous Théodose II et Valentinien III, la nécessité de l'écrit constatant la donation (29. C. 8. 54). En 478, Zénon supprima la présence des témoins (31. C. 8. 54). En réalité, des nombreuses mesures protectrices édictées par Constantin dans la matière des donations, il ne reste en vigueur, à l'avènement de Justinien, que l'insinuation. Déjà même se dessine une réaction contre les sévérités de l'insinuation : Théodose II affranchit de la formalité de l'insinuation les donations à cause de noce, qui n'excéderaient pas 200 solidi ⁴. L'empereur Justinien va achever de réglemen-

1. Nous adoptons l'opinion générale attribuant à Constance Chlore la première loi sur l'insinuation. Dans la loi 5. C. Th. 8. 12, Constantin s'attribue le mérite de cette innovation et ses fils Constantius et Constans reproduisent cette opinion (6. C. Th. 8. 12). Il y a à ce moment coexistence des formalités nouvelles de l'insinuation et des formalités vieilles de la loi *Cincia* (2. 4. 5. 7. C. Th. 8. 12).

2. Oude 316 : la date est discutée.

3. C'est l'opinion aujourd'hui admise depuis la découverte des *Frag. Vaticana* qui laissent au juge, même en l'absence des formalités exigées, un pouvoir d'appréciation. *Temere non erit fides accipienda*. § 249 *in fine*.

4. 8. C. Th. 3. 5.

ter toute cette matière. Il appartient donc à notre sujet d'examiner : le but et la forme de l'insinuation, les donations qu'elle régit, les effets de l'inobservation de cette formalité.

Art. I. — But de l'Insinuation.

L'idée dominante de l'insinuation paraît assez difficile à dégager, sans doute parce que cette idée est complexe et qu'elle s'est lentement élaborée dans des réformes successives.

Était-ce une formalité protectrice pour les tiers, l'équivalent de notre transcription? Certes, comme l'a écrit M. Larnaude¹, « le motif prédominant de cette mesure, celui qui, de jour en jour, tend à effacer les autres, c'est le besoin de publicité dans l'intérêt des tiers. On veut que les personnes qui ont traité ou qui vont se trouver en relations d'affaires avec le donateur sachent qu'il s'est dépouillé à titre gratuit d'une partie de son patrimoine » ; on veut que la publicité arrête les tromperies et les dissimulations : *que omnia consignare actis judicis præstat, ut res multorum mentibus, oculis, auribus testata, nullum effugiat, cujus aut scientiam capiat, aut dissimulationem tegat*².

M. Glasson admet difficilement qu'on se soit proposé ce but. « On exige, dit-il, l'insinuation de toutes les donations, même de celles qui n'intéressent pas les tiers, comme les donations de sommes d'argent ou autres choses fongibles. En pareil cas, cette formalité ne peut avoir pour objet que de restreindre le nombre de ces libéralités. D'ailleurs, ce qui prouve bien qu'à l'origine l'insinuation a été créée dans ce but, c'est qu'on en avait dispensé précisément les *personæ exceptæ* de la loi *Cincia*³. » On peut répondre que la constitution de Constantin, siège premier de la matière de l'insinuation, s'occupait surtout des biens immobiliers (1. C. Th. 8. 12 *in fine*), et que la dispense dont jouissaient les *personæ exceptæ* n'avait pas l'importance qu'on lui attribue, car elle n'était que la survivance, bien éphémère, de la loi

1. M. Larnaude, *Etude sur la publicité des donations*, page 36.

2. *Frag. Vat.* § 249.

3. M. E. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, § 41, page 33, note 1.

Cincia, puisqu'elle a disparu dès l'an 333. On peut faire remarquer que les tiers ont intérêt à être avertis même des mutations mobilières qui s'effectuent dans la personne de leur débiteur. Néanmoins, objectera-t-on, cet excès de prudence est bizarre dans un droit qui n'admet pas l'insinuation pour les mutations à titre onéreux¹ ? Ici nous trouvons une réponse que nous fournit M. Larnaude : pour la publicité des actes à titre onéreux, « il faudrait porter à la connaissance des tiers tous les événements, de nature si diverse, qui atteignent le patrimoine, souvent pour lui procurer en retour un équivalent considérable. Une publicité de ce genre serait ainsi non seulement impossible à organiser, mais de plus elle serait trompeuse, aussi aucun législateur ne l'a-t-il consacré.

« Aucun de ces inconvénients ne se présente, au contraire, en matière de donation. En effet, les donations ne se reproduisent pas souvent. Il sera par conséquent facile de les constater. De plus, par leur nature et leur but, elles peuvent paraître au législateur moins dignes d'intérêt, car elles ne tendent pas à procurer à la société un accroissement de richesse comme les actes d'échange... Enfin la donation est un acte qui produit son effet immédiatement et dont le résultat ne tend pas à en attirer un autre. On peut sans inconvénient constater aujourd'hui telle donation, car on sait parfaitement que si elle dépouille le donateur d'une certaine somme, il est peu probable qu'elle tende, en retour, à lui en faire procurer une autre². »

On peut voir également dans l'insinuation une mesure de protection dans l'intérêt du donateur, un appel à ce sentiment qui fait reculer l'homme devant le « qu'en dira-t-on ». La publicité des donations empêchera les libéralités honteuses et, peut-être, dans le magistrat chargé d'enregistrer, le donateur trouvera-t-il un sage conseiller ? Ce système a l'avantage de présenter l'insinuation comme une suite naturelle des idées qui avaient jadis donné naissance à la loi *Cincia*, il explique pourquoi la nullité pour défaut d'insinuation peut

1. Le Code Civil avait commis une inconséquence analogue en soumettant à la transcription les aliénations à titre gratuit et en laissant sans publicité les aliénations à titre onéreux.

2. M. Larnaude, *Etude sur la publicité des donations*, pp. 38, 39.

être invoquée par le donateur lui-même, il fait comprendre assez bien pourquoi l'insinuation n'avait pas été imposée primitivement aux donations faites aux *personae exceptae*, proches parents à l'égard desquels la libéralité est inspirée plutôt par l'affection que par la passion. Historiquement, toutefois, ce système est en contradiction avec la coexistence, à son début, du régime de la loi *Cincia* et de l'insinuation. Pourquoi créer une nouvelle protection pour le donateur avant d'abroger l'ancienne ? Il ne rend pas compte des textes qui prévoient les fraudes mêmes du donateur : *sed quia multi aliena, vel non pleno jure ad se pertinentia donantes, extra patriam et provinciam, in qua possident, acta faciunt* (3. C. Th. 8. 42).

Sous Justinien, il faut également tenir compte d'un autre motif : l'insinuation est une « précaution qui semble avoir eu pour but d'assurer la conservation de l'acte, car un document privé peut être égaré, falsifié ou dénié ¹ » *ut insinuent instrumenta : et profiteantur ea sub gestis monumentorum ipsi contrahentes, quatenus priventur nequitia et corruptione et falsitatibus* (Nov. 73. cap. 7. § 3). Ces fraudes étaient fréquentes, car Justinien, dans une loi spéciale, la Nouvelle 73. pr., constate leur nombre, *innumeras invenimus falsitates*, et cherche par tous les moyens à les réprimer. Ce motif explique peut-être pourquoi l'insinuation n'est exigée qu'à partir d'un certain maximum. Au-dessous de cette somme, le profit, dans le cas de détournement des preuves de la donation, n'est pas suffisant pour compenser les frais ou les dangers de la fraude. La donation importante, au contraire, a besoin d'être protégée ².

Art. II. — Forme de l'Insinuation.

L'insinuation est la constatation officielle par un magistrat de la donation et le dépôt aux archives publiques d'un extrait authentique de l'acte de donation.

On peut, d'après un certain nombre de chartes contemporai-

1. Paul Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, page 779.

2. Le législateur romain aurait ainsi obéi au même sentiment qui a fait défendre, dans le droit français, la preuve par témoin au-dessus de 150 francs.

nes¹, et même d'après les recueils de formules qui, bien que généralement postérieurs, ont dû néanmoins garder les traditions de la pratique romaine², on peut se rendre compte assez exactement de la façon dont s'opérait l'insinuation sous Justinien.

La partie qui voulait procéder à l'insinuation ou son mandataire se rendait devant le magistrat compétent et le priaît de vouloir bien procéder à l'insinuation. Le magistrat demandait justification du mandat, si le requérant agissait en qualité de mandataire, il faisait lire par la partie l'acte de donation, l'examinait, et, constatant que toutes les formalités avaient été remplies, il ordonnait l'insinuation. Une des chartes de donation en faveur de l'église de Ravenne, de 572, presque de l'époque de Justinien, se termine par ces mots suffisamment explicites : *quoniam omnia suo ordine quad firmitatem chartulæ donationis pertinebant rite adimpleta sunt ideoque petimus lauu. optimi Mâg. ut gesta nobis propter munimen eccl. nostræ a competenti officio edi jubebatis ex more. Melminius Laurentius et iterum Mâg. ut petitis gesta vobis dabuntur ex more*. Le greffier recevait alors l'original de la donation, ou en prenait une copie, ou bien si, ce qui était plus rare, la donation était purement verbale, il rédigeait un procès-verbal des conventions des parties ; on trouve en effet ces trois procédés en usage. Le mandat était insinué en même temps que la donation. L'acte d'insinuation était ensuite contresigné par le magistrat, par les par-

1. Marini, *I papiri diplomatici raccolti ed illustrati*. Roma, 1805, 4 vol. in-fol. Bibliothèque nationale : inventaire G. 4719. On peut consulter notamment sous le titre *Instrumenti di donazioni*, les pièces n° LXXXVI de l'an 553 de J.-C. ; LXXXVII de 56 ; LXXXVIII A, de 572. Ces pièces sont la reproduction de papyrus contenant des donations au profit de l'église de Ravenne. On constate à la lecture même de ces chartes qu'en 553 le droit de Justinien était bien en vigueur à Ravenne, puisque la donation de 553 (ch. n° LXXXVI) contient à la fin l'année du règne de l'empereur, le nom des consuls, l'indiction, le mois, le jour, mentions qui n'ont été exigées dans les actes que par Justinien en 537 (Nov. 47. ch. 1).

2. Le recueil général des formules de M. de Rozière donne plusieurs modèles d'insinuation (de Rozière, *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du v^e au x^e siècle*). Nous citerons à titre d'exemple la formule CCLIX complétée par la formule CCLXII ; en rapprochant ces deux formules on peut reconstituer toute la procédure de l'insinuation : on trouve d'abord la demande d'insinuation, puis le texte du mandat, si l'insinuation avait lieu par mandataire, ensuite la formalité même de l'insinuation ; enfin, le rapport fait par le mandataire à son mandant sur la mission qu'il avait reçue. Les formules s'inspirent évidemment plutôt du Code de Théodose que du droit de Justinien, mais cela importe peu pour les arguments d'analogie que nous pouvons en tirer, car la forme même de l'insinuation ne semble pas avoir varié.

ties qui avaient requis l'insinuation ou par leur mandataire et par le greffier, puis il était déposé dans les archives. *Melminius Laurentius et iterum Mâg.*, continue la charte que nous citons plus haut, *gesta apud me habita recognovi. Melminius Bonifatius ul. gestis apud nos habitis subscripsi. Melminius Johannis jun. his gestis apud nos habitis subscripsi. Gunderit exceptor curiæ civ. Rav. is gestis edidi*¹.

L'insinuation avait toujours lieu à la requête du donateur ou du moins avec son consentement. L'acte de donation contenait à cet effet autorisation pour le donataire de faire procéder à l'insinuation : *gestis, quibus volueritis*, dit un autre papyrus de Ravenne de l'an 553, *alligandis liberum ex nostra permissione nostrum ulterius minime requirentes consensus. sumatis arbitrium*².

Le magistrat, compétent pour présider à l'insinuation, variait suivant que la *professio donationis apud acta* avait lieu dans les provinces ou dans la capitale.

Dans les provinces ont été successivement compétents : le *præses provinciarum* (*Frag. Vat.* § 249), les magistrats municipaux (2. C. 1. 56), le *curator civitatis* (3. C. Th. 8. 12), le *defensor civitatis*. Un texte de 409 nous montre ces différents magistrats jouissant, en même temps, du pouvoir d'insinuer : *idem fieri notum est, ut provincialibus nostris contestari injurias suas cupientibus actorum confectio a defensoribus, ordinibus, curatore et magistratibus denegetur* (3. C. Th. 11. 8).

Mais à l'époque de Justinien, plusieurs de ces magistrats ont vu disparaître leur pouvoir. En 415, le pouvoir d'insinuer a été formellement retiré au curateur : *curatores civitatum ab hujusmodi negotio temperare debebunt, ne tanta res eorum concidat vilitate* (8. C. Th. 8. 12). Le pouvoir municipal est en pleine décadence, dès 445, l'enregistrement *apud acta* ne nécessite plus la présence des magistrats municipaux, des duumvirs, mais du seul greffier et de trois membres de la curie, *quia publico infortunio ad paucos redactus est ordinum numerus*, dit tristement le texte (Nov. Theod., lib. I. tit. 23). Aussi, dans les textes de Justinien, n'est-il plus question de l'enregistrement devant les magistrats municipaux.

1. Marini, *loc. cit.*, ch. LXXXVIII, A.

2. Marini, *loc. cit.*, ch. LXXXVI.

paux (Nov. 15. ch. 3. pr. ; Nov. 120. ch. 6. § 2 ; Nov. 127. ch. 2).

Les magistrats chargés de l'insinuation dans les provinces sont donc sous Justinien le *judex provinciæ* et le *defensor civitatis* (Nov. 120. ch. 6. § 2 ; Nov. 127. ch. 2). C'est même le *defensor civitatis* qui semble plus spécialement présider à la formalité de l'insinuation ; en tout cas son pouvoir d'insinuer est indépendant de tout contrôle du *judex provinciæ* : *et agi apud defensores, testamentorum insinuationes et donationum et quidquid aliud est monumentorum proprium : non valente clarissimo provinciæ judice prohibere quod agendum est, aut præcipere, quia non velit aliquis agi, aut actum non edi : non enim hujusmodi alicujus ei omnino potestatem damus, absurdissimum existimantes, necessariis rebus cedere homines propter judicium forte irrationabiles motus atque præceptiones, sed etiam agere quæcumque voluerit et edere : et licet quod agitur tangat provinciæ præsidem, aut quemlibet potentium, neque hoc prohibere* (Nov. 15. ch. 3. pr.). L'insinuation était effectuée sous les ordres du *defensor* par le greffier. La novelle 15 mentionne en effet auprès de lui l'existence d'un *exceptor* : *ex provinciali autem officio habere et exceptorem eis administrantem et duos officiales, qui ea quæ ab eis decernuntur adimpleant* (Nov. 15. ch. 3. § 1).

Quel était le magistrat compétent *ratione loci* ? Il semble que ce magistrat aurait dû être celui de la situation des immeubles dans les donations immobilières et celui du domicile du donateur dans les donations mobilières. C'est seulement en effet à ces deux points fixes que les tiers peuvent prendre connaissance de la donation. Toute autre compétence est incertaine et favorise la fraude.

Primitivement, Constantin ordonnait de faire l'insinuation au lieu du domicile du donateur et des choses données (3. C. Th. 8. 12). Mais en 459 l'empereur Léon semble bien avoir laissé les parties libres de choisir le lieu de l'insinuation : *in aliis vero civitatibus... donator habeat liberam facultatem donationes rerum suarum ubicumque positarum, sive apud moderatorum cujuslibet provinciæ, sive apud magistratus, sive apud defensorem cujuscumque civitatis prout maluerit, publicare* (30. C. 8. 54).

C'est sous ce régime de liberté que se trouve l'insinuation sous Justinien. Il est difficile de comprendre comment cette liberté pourrait se concilier avec la protection des tiers. Pour y arriver, il nous faut proposer de la constitution de l'empereur Léon une explication moins extensive que ne paraît l'être le mot à mot du texte. Nous avons dit que Constantin ordonnait de faire l'insinuation au lieu du domicile du donateur et de la situation de la chose donnée. Dans notre interprétation, la constitution de Léon supprimerait la seconde condition et permettrait au domicile du donateur l'insinuation de toute donation, quelle que fût la situation des biens¹ : ainsi s'expliqueraient les mots *donationes rerum suarum ubique positarum*. Le choix du donateur, *prout maluerit*, porterait non sur le lieu de l'insinuation, mais sur le magistrat compétent. Enfin, les mots *apud moderatorem cujuslibet provinciae, apud defensorum cujuscumque civitatis* ne signifieraient pas que le donateur peut s'adresser au magistrat de n'importe quelle province ou cité, mais que le donateur jouit de la libre pensée de choisir pour l'insinuation le gouverneur ou le défenseur, et cela dans n'importe quelle cité ou province. Dans cette interprétation un peu pénible, il est vrai, le magistrat compétent pour l'insinuation serait donc dans les provinces, sous Justinien, le *defensor civitatis* ou le *judex provinciae* du domicile du donateur.

La ville de Constantinople était soumise à un régime spécial. L'insinuation avait lieu devant un magistrat unique, le *magister census*, compétent pour toutes les donations passées dans la capitale, quelle que fût la situation des choses données : *secundum divi Leonis constitutionem donationes apud virum clarissimum magistrum census tantummodo insinuari præcipimus : hujusmodi forma in illis instrumentis observanda, quæ in hac regiâ Urbe confecta, seu celebrata fuerint* (32. C. 8. 54 ; Nov. 127. ch. 2).

1. M. Larnaude donne une interprétation à peu près similaire de la loi 8. C. Th. 8. 42, qui contient ces mêmes mots : *Gesta autem confici super rebus etiam alibi conlocatis ubicumque sufficit*. Nous pensons, dit-il, que, par ces mots, le législateur est venu simplement adoucir les prescriptions rigoureuses de la constitution précédente... C'est pourquoi les empereurs décident que l'insinuation pourra avoir lieu *ubicumque*, c'est-à-dire dans un endroit ou dans l'autre, soit au lieu du domicile du donateur, soit au lieu où se trouvent situés les immeubles. M. Larnaude, *De la publicité des donations*, p. 88.

Art. III. — Donations auxquelles s'applique l'insinuation sous Justinien.

Toutes les donations entre vifs dépassant un certain *modus* doivent être insinuées à moins d'une dispense expresse. Nous avons admis qu'il peut y avoir donation même sans contrat. Nous soumettrons donc à l'insinuation tout acte unilatéral, qui contient intention libérale du donateur, dépouillement de sa part, enrichissement pour le donataire.

Notre solution n'est pas universellement adoptée; on lui reproche de permettre, par exemple, au donateur de revenir sur la chose jugée, s'il a, en renonçant à une exception, réalisé une donation *ultra modum* non insinuée. C'est là une critique bien cherchée dans une hypothèse très rare. On prétend voir, dans le refus de la *condictio indebiti*, lorsqu'il y a eu paiement de la dette d'autrui avec intention libérale (1. D. 12. 6), la preuve que la présence ou l'absence de l'insinuation n'aurait aucune conséquence sur la validité d'une donation sans contrat. Mais rien ne prouve justement qu'en cas de non-insinuation, on ne pourrait pas intenter une *condictio* fondée, non sur l'indû, mais sur l'absence d'insinuation. Nous pouvons au contraire justifier notre solution : 1° par les textes qui emploient sans distinction les mots *omnem donationem: sancimus omnem donationem sive communem, sive ante nuptias factam* (34. pr. C. 8. 54); 2° par l'analogie qui existe entre les dispositions qui régissent l'insinuation et la matière des libéralités entre époux. Or, on applique aux donations sans contrat entre époux, les prohibitions qui régissent les donations contractuelles entre époux (5. § 6. 7. D. 24. 1); 3° par le précédent historique de la loi *Cincia*. Les donations de fait sont soumises à la loi *Cincia* comme les donations contractuelles (21. D. 39. 5). Pourquoi échapperaient-elles à l'insinuation?

Cette première difficulté écartée, nous passerons en revue certains actes qui participent à la fois de la nature de la donation et de celle des actes à titre onéreux; nous déterminerons le *modus* au-dessus duquel l'insinuation est imposée; nous énumérerons les différents cas de dispense.

A. — Actes qui participent tout à la fois de la donation et de l'acte à titre onéreux.

I. — Donation sous la forme d'un contrat onéreux.

Nous n'avons pas à nous demander, sous Justinien, si le don manuel de choses mobilières est dispensé d'insinuation. En réalité le don manuel n'est pas, en droit romain, une classe spéciale de donation, car la donation, exigeant pour toute forme, à partir de Justinien, le seul consentement, le don manuel se trouve remplir les conditions d'une donation ordinaire. Les textes de Justinien sur l'insinuation s'appliquent de plus aussi bien aux donations mobilières qu'aux donations immobilières, par exemple la loi 34. § 1. C. 8. 54: *sin autem non in auro res donationis fuerunt datæ, sed per res mobiles, vel immobiles, vel se moventes*.

1^o *Le donateur vend au donataire la chose donnée nummo uno*. Dans ce cas, il n'y a évidemment pas vente: [*totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est* (38. D. 18. 1)]. Il y a donation pour le tout et par conséquent nécessité de l'insinuation pour le tout.

2^o *Le donateur vend sciemment la chose pour une somme inférieure à sa valeur marchande*, en un mot, il y a vente et donation. Dans ce cas, la vente est valable, *si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet... Quotiens vero vikore pretio res, donationis causa, distrahitur, dubium non est, venditionem valere* (38. D. 18. 1). Ne doit-il pas par suite y avoir dispense d'insinuation sous Justinien? Pour l'affirmative, on peut invoquer le silence de la loi (38. D. 18. 1), non pas, il est vrai, sur l'insinuation, mais sur la loi *Cincia*. Ce texte d'Ulpien ne soumet cette vente qu'à la prohibition des donations entre époux. Or si cette vente échappait, à l'époque d'Ulpien, à la loi *Cincia*, elle doit échapper, sous Justinien, à l'insinuation qui la remplace, comme le prouve d'ailleurs le maintien au Digeste, sans addition, de cette loi 38.

Nous répondrons que rien ne prouve que la loi 38 ait tranché la question de savoir si la vente mêlée de donation

est soumise à la loi *Cincia*. Ce texte passe à côté de la question : il se trouve au titre de la vente et Ulpien, son auteur, examine seulement la question de la validité de la vente, *venditio valet*.

Quand bien même la loi 38 aurait dispensé cette vente des conditions de la loi *Cincia*, nous avons suffisamment démontré que l'insinuation ne découle pas seulement de la loi *Cincia* et que toutes les règles de l'une ne s'appliquent pas à l'autre.

Du reste si ce texte n'énumère pas l'insinuation parmi les conditions auxquelles est soumise la validité de la *venditio donationis causa vilioris pretio facta*, il y a à cela une explication bien simple que nous indique M. Larnaudé : « à cela on peut répondre que nulle part, au Digeste, il n'y a un texte s'occupant de l'insinuation. Cette matière est traitée au Code seulement... S'il devait y avoir une exception en faveur de la donation résultant de la remise d'une partie du prix dans un contrat de vente, cette exception nous ne la trouverions pas au Digeste, mais il faudrait qu'elle fût écrite dans le Code. Or, elle n'y est pas. Donc elle n'avait pas été admise ¹. »

Nous considérerons, par suite, comme soumise à l'insinuation, sous Justinien, la vente en tant qu'elle contient une donation, c'est-à-dire que les parties devront faire le calcul de la valeur que le donateur abandonne sans compensation proportionnelle dans le prix. La vente, si cette valeur dépasse le *modus*, sera insinuée.

II. — *Donatio sub modo.*

Le *modus* est dans l'intérêt d'une tierce personne. Il y a deux bénéficiaires gratifiés, l'un de l'objet de la donation pour partie, l'autre de l'avantage que procure le *modus*. Il peut même y avoir un bénéficiaire fictif, le donataire, et un bénéficiaire réel, le tiers. Mais il y a toujours donation, par conséquent insinuation. Justinien, toutefois, a prononcé la dispense de l'insinuation, en cas de donation avec charge de

1. M. Larnaudé, *Etude sur la publicité des donations*, pp. 55-56.

relever une maison incendiée ou écroulée (36. pr. et § 2. C. 8. 54).

Le *modus* est dans l'intérêt d'une classe de citoyens ou de tous les citoyens. Il y a bien dépouillement du donateur, mais on voit moins l'enrichissement du donataire. Néanmoins, si le bénéfice de la donation n'entre pas dans le patrimoine d'un particulier, en réalité, il ne devient pas *res nullius*, il va enrichir un être moral, état, cité ou collège. D'ailleurs, un des principaux motifs de l'insinuation, l'avertissement des tiers, conserve son utilité. Parmi les cas de défense d'insinuation énumérés par Justinien, nous trouvons un cas de donation *sub modo* dans l'intérêt d'une collectivité, la donation avec charge de racheter les captifs (36. pr. C. 8. 54).

Le *modus* est dans l'intérêt du donateur. Ce cas se rapproche de la vente *viliore pretio*. Il y a mélange de l'acte à titre onéreux et de l'acte à titre gratuit; seulement l'acte mixte est qualifié donation pour le tout. Les parties devront donc évaluer la valeur du *modus*, soustraire du montant de la donation cette valeur, et insinuer pour le reste, s'il y a lieu.

III. — Donation rémunératoire.

Nous croyons qu'elle doit être soumise, comme toute autre donation, à l'insinuation. Les textes de Justinien ne nous fournissent, en effet, aucune dispense qui permette de l'y soustraire.

On a vu une dispense, pour le cas de donation récompensant celui qui a délivré une personne des voleurs ou des ennemis, dans le texte de la loi 34. § 4. D. 39. 5 : *si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat: hac donatio irrevocabilis est; non merces eximii laboris appellanda est: quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit*. Mais en rapprochant le texte du Digeste *hac donatio irrevocabilis est* du texte primitif de Paul *ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit in infinitum donare non prohibemur*, etc. (Paul, *Sentent.* V. 11. § 6), on remarque que les compilateurs de Justinien n'ont entendu soustraire cette donation qu'à la révo-

cation pour ingratitude, *irrevocabilis est*, tandis que Paul la dispensait du *modus* de la loi *Cincia*, *in infinitum donare*. On a, il est vrai, tiré argument des mots *certo modo* contenus dans la loi 34, pour dire que ces mots s'appliquaient au *modus* de l'insinuation et étendre par conséquent la dispense de la loi à cette formalité. Nous croyons que ces mots ne sont que la suite du membre de phrase précédent et que le tout doit se traduire ainsi : *hæc donatio... non merces eximii laboris appellanda est: quod contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit*, cette donation ne doit pas être appelée le salaire d'un si grand travail : il n'est pas convenable d'apprécier à un tarif certain ce qui est fait en vue du salut. » La phrase des compilateurs aurait donc plutôt, suivant nous, une portée morale qu'une portée juridique et pourrait se ramener à cette maxime : que celui qui a été sauvé ne se considère pas comme libéré par cette donation ; il est inconvenant de tarifier le service qu'on vous a rendu en vous sauvant.

IV. — Remise des intérêts par le créancier à son débiteur.

Le *mutuum* sans intérêts n'est pas une donation. Si, par conséquent, après avoir fait un *mutuum* productif d'intérêts, on fait remise des intérêts pour l'avenir, on retombe dans l'hypothèse du *mutuum* pur et simple. *Modestinus respondit creditorem futuri temporis usuras et remittere, et minuere pacto posse, nec in eâ donatione ex summâ quantitatis aliquid vitii incurrere* (23. D. 39. 5). La remise des intérêts ne sera donc pas soumise à l'insinuation.

B. — Détermination du *modus* au-dessus duquel l'insinuation est imposée.

Le maximum au-dessous duquel l'insinuation n'est pas obligatoire a été sans cesse en reculant. Ainsi Constantin soumet à l'insinuation toute donation (5. C. Th. 8. 12). Théodose excepte les donations *ante nuptias* ne dépassant pas 200 *solidi* (8. C. Th. 3. 5). Justinien, en 529, étend cette exception à toutes les donations et porte à 300 *solidi* le chiffre de la dispense : *sancimus omnem donationem, sive communem, sive ante nuptias factam, usque ad trecentos solidos cumulata non indigere monumentis, sed commu-*

nem formam habere (34. C. 8. 54). La dispense est élevée à 500 solidi pour les donations *que ad pietatem respiciunt*. En 531, le maximum recule encore ; désormais seront soustraits à l'insinuation toutes les donations jusqu'à 500 solidi : *cæteris etiam donationibus que gestis intervenientibus minime sunt insinuatæ, sine aliquâ distinctione usque ad quingentos solidos valituris* (36. § 3. C. 8. 54).

On s'est livré à des calculs pour déterminer ce que représentaient ces 500 solidi. « Le solidus était la 72^e partie de la livre d'or, *quotiescumque certa summa solidorum pro tituli qualitate debetur, aut auri massa transmittitur, in septuaginta duos solidos libra feratur accepta* (5. C. 10. 70). Or, il paraît que la livre d'or pesait à peu près 372 grammes. Le solidus vaudrait donc environ quinze francs de notre monnaie ¹. » 500 solidi feraient donc une somme de 7.500 francs. On voit que les donations dispensées d'insinuation sous Justinien étaient encore fort nombreuses.

Pour savoir si l'insinuation était nécessaire, il fallait évaluer l'objet de la donation et voir si cet objet avait une valeur inférieure ou supérieure à 500 solidi.

Cette évaluation est facile s'il s'agit d'un objet, mobilier ou immobilier, déterminé en lui-même ou en quantité et qualité lors de la donation : *sin autem non in auro res donationis fuerint data, sed per res mobiles, vel immobiles, vel se moventes ; quantitatem earum æstimari* (34. § 1. C. 8. 54). Elle devient impossible si la valeur de l'objet est actuellement incertaine et dépend d'une condition qui la déterminera, l'augmentera ou la diminuera. Le législateur est alors obligé de recourir à des présomptions.

Si la donation a pour objet un usufruit, nous pensons qu'on peut adopter, dans le silence des textes, les bases d'évaluation données par Ulpien et Æmilius Macer dans la loi 68. pr. D. 35. 2 en vue de la loi Falcidie ².

1. Martel, *Etude sur l'enregistrement des actes de droit privé dans les gesta municipalia*, page 18, note 1.

2. L'usufruitier a de un an à 20 ans, la durée de sa vie sera considérée comme devant être de 30 ans ; de 20 à 25, la durée probable sera de 28 ans ; de 25 à 30, la durée sera de 25 ; de 30 à 35, de 22 ; de 35 à 40, de 20 ; de 40 à 50, de 19 ans ; de 50 à 55, de 9 ans ; de 55 à 60, de 7 ans ; au-dessus de 60 ans, de 5 ans.

Si la donation a pour objet une rente, nous nous trouvons en présence d'un texte rédigé par Justinien précisément pour faire cesser toute difficulté et qui, par un contraste piquant, a donné lieu, en divisant les commentateurs par son obscurité, à quatre systèmes différents d'interprétation : « si quis talem receperit donationem, décide Justinien dans la loi 34. § 4. C. 8. 54 (anno 529) in quâ stipulatus fuerit annuam quandam sibi præstari quantitatem tantæ summæ, quæ non excedit legitimum donationis modum : variabatur, utrum eum ex particulari donatione multas fecisse donationes existimandum sit, et eas actis non indigere : an ex totius stipulationis fundamento, et fonte ejus, ex quo annuæ donationes profluxerunt, et unam esse eam donationem putandam, et procul dubio monumentorum observatione vallandam : quod veteres quidem satis, abundeque variaverunt. Nos autem (omnia) certa divisione concludimus, ut, si hujusmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam personarum stetur vel dantis, vel accipientis : et multæ intelligantur donationes, et liberæ a monumentorum observatione. Incertus etenim fortunæ exitus hoc nobis suggessit : ut possibile sit, unius anni tantummodo, vel brevioris, vel etiam amplioris temporis metas supervivere, vel donatorem, vel eum, qui donationem accepit, et ex hoc inveniri etiam totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem. Sin autem etiam heredum ex utrâque parte fuerit mentio vel adjiciatur tempus vitæ, vel donatoris vel ejus qui donationem accepit : tunc ei quasi perpetuata donatione, et continuatione ejus magnam, et opulentior em eam efficiente, et una intelligatur (donatio) et quasi densioribus donationibus cumulata, excedere legitimum modum, et omnimodo actâ deponere, et aliter minime convalescere. »

On voit par ce texte que les solutions entre lesquelles hésitaient les anciens auteurs étaient les suivantes : le donateur a-t-il fait, en réalité, par un seul acte de donation, autant de donations isolées qu'il y a d'annuités, et faut-il dispenser par suite la donation d'insinuation ? Ou bien toutes les annuités sont-elles la conséquence d'une seule donation qu'il faut soumettre à l'insinuation ? C'est entre ces solutions que Justinien entend se prononcer.

Deux hypothèses, d'abord, ne donnent pas lieu à controverse :

La durée de la rente a été déterminée en années dans la donation. Il suffit d'additionner les arrérages et de voir si le produit n'atteint pas 500 solidi.

La durée de la rente est limitée à la vie du donateur ou du donataire. Justinien dispense, dans ce cas, la donation de l'insinuation et en donne la raison suivante : *Incertus etenim fortunæ exitus hoc nobis suggessit : ut possibile sit, unius anni tantummodo, vel brevioris, vel etiam amplioris temporis metas supervivere vel donatorem, vel eum qui donationem accepit, et ex hoc inveniri etiam totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem.*

Malheureusement Justinien ne s'est pas tenu à cette seule hypothèse, il en a envisagé une seconde qu'il a voulu définir dans ces mots : *sin autem etiam heredum ex utràque parte fuerit mentio; vel adjiciatur tempus vitæ, vel donatoris, vel ejus qui donationem accepit : tunc ei quasi perpetuata donatione, et continuatione ejus magnam, et opulentiores eam efficiente, et una intelligatur (donatio) et quasi densioribus donationibus cumulata, excedere legitimum modum et omnimodo acta deponere, et aliter minime convalescere.*

Un premier point est certain, c'est que Justinien exige, dans cette hypothèse, l'insinuation : *et omnimodo acta deponere et aliter minime convalescere*. Si nous abordons ensuite l'examen du texte lui-même, nous pouvons ranger les interprétations en deux classes, celles qui proposent de le modifier et celles qui le respectent.

Interprétations modifiant le texte.

Cujas ¹, au lieu de *sin autem etiam heredum ex utràque parte fuerit mentio vel adjiciatur tempus vitæ vel donatoris, vel qui donationem accepit*, propose de lire : *nec adjiciatur*, etc. Ainsi modifié le texte prévoit deux situations : la donation de rente devra être insinuée dans deux cas : 1^o s'il est dit que les héritiers du donateur devront servir la rente aux héritiers du donataire ; 2^o si la rente n'est point

1. Cujas, *Comm. in. l. 16 de V. O.*, op. I, 4173, et observ. XV, 22.

limitée à la mort du donateur ou du donataire, *nec adjiciatur tempus vitæ, vel donatoris, vel qui donationem accepit*.

Savigny ¹ restitue le texte de la façon suivante : *sin autem etiam heredum ex utrâque parte fuerit mentio vel adjiciatur tempus vitæ heredum, vel donatoris, vel ejus qui donationem accepit*. Après cette addition du mot *heredum*, le texte présente les deux solutions suivantes : la donation sera insinuée : 1^o si la rente doit être payée par les héritiers du donateur à ceux du donataire, et par héritiers Savigny entend alors tous les successeurs *in infinitum*; 2^o si la rente doit être payée par les héritiers du donateur à ceux du donataire, et par héritiers Savigny entend maintenant les seuls successeurs immédiats traduisant le texte : si le temps de la vie des héritiers du donateur ou du donataire est ajouté à la vie desdits donateur ou donataire.

Nous écarterons ces deux interprétations, qui ont le tort grave de modifier arbitrairement le texte. Savigny s'appuie, il est vrai, sur une ancienne glose, mais aucun des autres manuscrits connus ne nous donne cette version de la loi 34.

Interprétations conservant le texte.

L'interprétation reste toujours la même pour le premier membre de phrase, *sin autem etiam heredum ex utrâque parte fuerit mentio*. Il y aura insinuation, si la rente doit être servie par les héritiers du donateur à ceux du donataire.

Marezoll ² donne du second membre de phrase : *vel adjiciatur tempus vitæ vel donatoris vel qui donationem accepit* une interprétation qui ne diffère pas, et c'est précisément le reproche qu'on peut lui faire, du cas où la rente est limitée à la vie du donateur ou du donataire. Ces mots *vel adjiciatur*, etc., voudraient dire qu'il y aurait insinuation quand les parties ont fixé un certain nombre d'années durant lesquelles la rente serait servie à moins de prédécès du donateur ou du donataire. Outre que nous ne comprenons pas trop comment Ma-

1. Savigny, *Traité de droit romain*, t. IV, page 220, note R. « Je lis, dit Savigny : *vel adjiciatur tempus vitæ heredum vel donatoris*, etc., leçon qui se trouve dans un de mes deux manuscrits du Code et donne le sens suivant : quand même on n'aurait pas parlé des *heredes* en général (ce qui comprendrait tacitement tous les héritiers futurs). Mais si la rente est constituée jusqu'à la mort des héritiers immédiats *tempus vitæ heredum* ».

2. Marezoll, *Linde Zeitschrift für civilrecht und Prozess*, vol. 4, p. 24, cité par Savigny, t. IV, page 220, note R., § 166. *Traité de droit romain*, trad. Guenoux.

rezoll fait sortir cette interprétation du texte, on ne voit pas, du moment où la rente finit toujours, au plus tard, à la mort du donateur ou du donataire, pourquoi Justinien exigerait dans ce cas l'insinuation dont il dispense, quelques lignes plus haut, la donation de rente limitée à la vie du donateur ou du donataire.

Briegleb¹ nous semble donner du texte discuté la solution la plus naturelle. Traduisant mot à mot le paragraphe *vel adjiciatur tempus vitæ vel donatoris vel qui donationem accepit*, un certain temps est ajouté à la vie du donateur ou du donataire, il arrive à cette décision : l'insinuation est exigée par Justinien :

1° (ce qui est admis par tout le monde) si la rente doit continuer à être servie par les héritiers ;

2° « si la rente doit être servie un certain temps après la mort du donateur ou du donataire. Le sens qu'on attribue à *tempus vitæ* dans les autres opinions est tout à fait extraordinaire, car jamais pour dire « durée de la vie » les Romains ne s'expriment ainsi; ils disent toujours *quoad vivat, dum vivunt*. Notre interprétation a, de plus, l'avantage de donner au verbe *adjiciatur* un objet auquel il s'applique. Enfin, elle montre bien l'opposition qu'a voulu faire le législateur entre la première et la dernière partie du texte. »

Nous convenons que l'interprétation de Briegleb n'est pas parfaite, car nous pouvons lui faire une critique : si le temps ajouté à la vie des parties est très court, on se rapproche de l'hypothèse où la vente est limitée à la vie des parties et alors pourquoi faire une si grande différence; si le temps ajouté est très long, on retombe dans l'hypothèse où la rente doit être servie par les héritiers, et alors pourquoi répéter ce qui a déjà été dit? Mais ces contradictions ou répétitions de détail ont pu échapper à Justinien.

Nous passons rapidement sur la question de savoir si la loi 34 par les mots : *sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio*, a voulu désigner les rentes perpétuelles. L'insinuation de la donation de ces rentes ne nous paraît pas souffrir de difficulté; du moment où Justinien soumet à l'insinuation les rentes qui dépassent la vie des par-

1. *Archiv. für civil Praxis*, vol. 38, pages 142 et s. Nous empruntons l'exposé de ce système à M. Larnaude, *Etude sur la publicité des donations*, p. 65.

ties, il nous semble qu'à plus forte raison cette solution doit s'appliquer aux rentes perpétuelles, sans qu'il y ait lieu de recourir aux présomptions qu'indique Marcellus pour la loi Falcidie (3. § 2. D. 35. 2).

L'insinuation des donations de rente aura lieu, quand elle est requise, lors de la donation. Justinien considère, en effet, dans ce cas, la donation comme contenant en soi tous les arrérages dont le paiement seul est à terme. Il suffit, pour justifier cette décision, de rapprocher les termes de la loi 34 : *tunc ei quasi perpetuata donatione, et continuatione ejus magnam et opulentio rem eam efficiente, et una intelligatur (donatio)*, de l'opinion des anciens auteurs rapportée par Justinien comme préface de cette loi : *ex totius stipulationis fundamento et fonte ejus, ex quo annuæ donationis profluxerunt, et unam esse eam donationem putandam* (34. § 4. C. 8. 54). C'est donc bien une seule donation qui est faite et les délais mis au paiement des arrérages ne peuvent retarder l'insinuation.

La loi 34. § 3. C. 8. 54 met fin à une autre difficulté : *si quis autem per diversa tempora in eandem personam multas faciat liberalitates, quarum singulæ quidem legitimam quantitatem non excedunt; in unum autem compositæ et prædicto modo exaggeratæ redundare videntur, et majoris esse quantitatis : non videatur eas oportere in unum coadunare, et introducere modos per quos non valeant et in irritum revocentur; sed e contrario, et plures intelligantur et singulæ secundum sui naturam obtineant, et monumentorum observatione non indigeant. Cum enim a veteribus super hac re variatum est, aliis multas, aliis unam esse definientibus : nobis causa placuit humanior, ut et multæ intelligantur et omnes validæ et hi, qui liberalitates accipiunt, sciant veros non falsos suos esse donatores*. Justinien examine dans ce texte le cas où plusieurs donations ont été faites par le même donateur au même donataire. Envisagée isolément, chacune de ces donations est inférieure au *modus*, au-dessus duquel l'insinuation est nécessaire; additionnées toutes ensemble, le montant des libéralités dépasse le *modus*. Justinien décide qu'il faudra laisser à chaque donation son individualité et ne l'insinuer que si, en elle-même, elle dépasse le *modus*.

C. — Donations dispensées de l'insinuation.

La plupart de ces cas de dispense ont été édictés ou complétés par Justinien. Ils sont presque tous une faveur accordée à la donation à cause des parties qui y prennent part ou à cause de son but. Nous pouvons en conclure que l'insinuation était soumise à un droit fiscal, car si elle n'avait été qu'une mesure de publicité ou de protection, la faveur n'eût été, ni bien utile, ni bien grande, et on ne voit pas pourquoi l'empereur l'aurait accordée avec tant de parcimonie.

Sont dispensées de l'insinuation :

A cause de la qualité des parties : 1^o les donations faites par l'empereur. La dispense remonte à l'empereur Zénon. Justinien la renouvelle en 529, dans la loi 34. C. 8. 54 : *quarum imperiales quidem donationes merito indignari sub observatione monumentorum fieri, tam retro a principibus quam a nobis sancitum est, sed firmam habere propriam majestatem.*

2^o Les donations faites à l'empereur. Elles sont dispensées de l'insinuation par la Nov. 52. ch. 2. en 538 : *non enim consequens est, ut nec his fruatur imperium a privatis, quæ ab eo priventur illis.*

A cause du but de la donation :

3^o Les donations de choses mobilières faites par le *magister militum* aux soldats sur ses biens personnels ou sur les dépouilles des ennemis. La dispense est de 531, dans la loi 36. § 1. C. 8. 54.

4^o Les donations en vue du rachat des captifs.

5^o Pour la reconstruction d'une maison incendiée ou écroulée. Elles présentent cette particularité que l'emploi des sommes données est justifié par le serment du donataire. Ces donations forment ce que Justinien appelle à proprement parler les donations *in causas piissimas*. La dispense d'insinuation est énoncée en 529 dans la loi 34. C. 8. 54 et complétée par la loi 36 pr. et § 2. C. 8. 54 en 531.

La loi 34. C. 8. 54 faisait aussi mention des donations

*quæ ad pietatem respiciunt*¹ pour les dispenser de l'insinuation jusqu'à 500 solidi. Mais cette dispense ayant été étendue à toutes les donations en 531, les donations *in causas pias* sont rentrées dans le droit commun.

6° Nous rapprocherons de ces donations les *pollicitations*. Ce sont, nous l'avons vu², les promesses d'argent ou de travaux faites à la République ou à une cité. Elles sont considérées comme obligatoires, si elles sont faites à l'occasion de l'obtention d'une dignité ou si les travaux promis sont commencés (1. § 1 et 2. D. 50. 12). On en conclut qu'elles sont dispensées de l'insinuation. Mais il est à remarquer que ces textes sont au Digeste et que le Code n'énumère pas la pollicitation parmi les cas de dispense d'insinuation.

7° La *constitution de dot* faite au nom de la femme par un étranger (31. C. 5. 12). Il en est de même, à plus forte raison, de la constitution de dot faite par le père de famille ou par la femme elle-même. Ici encore se fait sentir l'influence de Justinien. Il paraît que si la femme avait stipulé le retour conditionnel de la dot, et que la condition vînt à s'accomplir, le défaut d'insinuation, dans ce cas, reprenait toute sa force, la donation était non avenue et la dot revenait au donateur. Justinien fait cesser cette injustice et dispense, même en ce cas, la dot de l'insinuation, réservant seulement au donateur le droit de stipuler le retour pour lui-même : *atqui in aliis omnibus casibus in quibus ipse non est stipulatus, tristitiæ suæ mulier hoc proprium habeat solatium per actionem dotis*. 31. pr. C. 5. 12 (anno 530).

8° *Donations propter nuptias*. Après avoir été soumises à l'insinuation par Constantin (1. Cod. Th. 3. 5), elles en étaient dispensées, depuis 428, au-dessous de 200 solidi (8. C. Th. 3. 5), depuis 531 au-dessous de 500 solidi (36. § 3. C. 8. 54). Par la Novelle 119. ch. 1. Justinien les dispense totalement : *sponsalitiâ largitatē contractum specialem esse et judicari et non aliis donationibus eam connume-*

1. Justinien a pris soin de donner dans la loi 10. C. 1-2, l'énumération des donations *super piis causis*. Ce sont les donations, *vel in sanctam ecclesiam, vel in xenodochium, vel in nosocomium, vel in orphanotrophium, vel in ptochotrophium, vel in gerontocomium, vel in brephotrophium, vel in ipsos pauperes, vel in quamcumque civitatem*.

2. Ch. II, sect. 3, § IV, p. 64.

rari per præsentem sancimus legem ; quoniam pro eâ æqualitas dotis offertur... Et hoc valere præcipimus, cujuscumque sit donatio quantitatis, vel si non (sicuti dictum est) insinuetur. Mais bientôt l'empereur se ravise : s'apercevant que l'insinuation peut être une mesure de protection utile pour la conservation de l'acte, il adopte un système mixte : le mari ou le donateur sont tenus de faire procéder à l'insinuation. S'ils ne le font pas, l'absence d'insinuation ne pourra être opposée à la femme ; elle sera au contraire opposable au mari, si les conventions de donation lui procurent un bénéfice : *viris enim habentibus potestatem insinuare donationes, pro non insinuatibus periculum mulieribus imminere, ineptum nobis esse videtur* (Nov. 127. ch. 2).

Art. IV. — Conséquences du défaut d'insinuation.

La donation non insinuée est nulle pour toute la partie qui dépasse 500 solidi. Cette nullité est absolue : *hoc quod superfluum est tantummodo non valere* (34. C. 8. 54). Il s'en suit qu'elle est invocable par tout le monde, même par le donateur ou le donataire. Il en résulte que le donateur reste propriétaire de l'excédent.

Par conséquent, entre le donateur et le donataire naît, à partir de la donation, un état d'indivision sur l'objet donné. Justinien, et c'est pour cela que nous insistons sur ce point, a déterminé dans ce cas les droits des parties (L. 34. § 2. C. 8. 54.), *ne autem communione inductâ donatori et ei qui liberalitatem suscepit, aliqua oriatur contentio*. L'empereur donne successivement les décisions suivantes :

1° Le propriétaire de la partie principale, donateur ou donataire, a le droit de se rendre propriétaire de la totalité en remboursant le propriétaire de la portion plus petite ;

2° Si ce propriétaire n'use pas de ce droit de préemption, l'objet donné sera partagé en nature proportionnellement aux droits de chacun ;

3° Si la chose est impartageable, le droit de préemption passe au propriétaire de la plus petite portion.

SECTION II

Forme des donations à cause de mort.

Nous venons de voir que les réformes de Justinien ont eu pour conséquence principale, dans la forme des donations entre vifs, de rendre efficace le simple pacte de donation et de développer et préciser la formalité de l'insinuation.

Ces conséquences ne nous paraissent pas devoir être étendues aux donations à cause de mort.

I. — *Le simple pacte de donation à cause de mort ne produit pas par lui-même une action.* — La reconnaissance du pacte de donation est en effet contenue dans la constitution (35. § 5. C. 8. 54), sous la rubrique *de donationibus*. Cette constitution, de 530, ne parle que des donations entre vifs, ce qui est très naturel, puisque la même année paraissait une autre constitution spéciale aux donations à cause de mort (4. C. 8. 57), *de donationibus causâ mortis*. Ajoutons que les motifs donnés par Justinien lui-même de sa réforme n'ont pas de raison d'être dans la matière des donations à cause de mort : ce qu'il veut éviter, ce sont les retours du donateur : *non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare* (35. § 5. C. 8. 54.). Or la donation *mortis causa* est précisément exposée à tous ces retours puisqu'elle est par nature révocable. La donation à cause de mort reste donc soumise, sous Justinien, aux procédés ordinaires de la dation, de l'obligation, de la libération. Il y a lieu d'ajouter aux anciens procédés la cession d'action devenue plus pratique depuis Justinien, puisqu'elle est traitée, à titre gratuit, comme la cession à titre onéreux et passe aux héritiers du cessionnaire (anno 528. 33. C. 8. 54).

II. — *La donation à cause de mort n'est pas soumise à l'insinuation.* — Cette proposition n'est que la conséquence d'une autre réforme de Justinien, le rapprochement entre les donations à cause de mort et les legs.

Il était naturel que les jurisconsultes fussent amenés à assimiler la donation à cause de mort aux legs : tant de

points de contact les unissent et notamment leur effet subordonné au décès et leur caractère révocable. Nous avons vu qu'on exigeait des donataires à cause de mort la *factio testamenti* et le *jus capiendi*¹. Les lois elles-mêmes avaient souvent consacré cette assimilation : successivement la loi *Furia*, la loi *Voconia*, la loi *Falcidia*², la *lex vicesima hereditatum* avaient imposé leurs dispositions restrictives ou fiscales aux donations à cause de mort comme aux legs.

Néanmoins cette assimilation était discutée et la discussion devenait plus vive quand il s'agissait de l'insinuation ; les uns faisaient remarquer que l'insinuation est une forme de la donation et que la donation à cause de mort avait alors la même forme que la donation entre vifs ; les autres répondaient que l'insinuation protège le donateur et que, dans la donation à cause de mort la protection est inutile à cause de la faculté de révocation.

Justinien a voulu faire cesser cette controverse. Sa constitution de l'an 530 (4. C. *de mortis causa donationibus*. 8. 57) accomplit en réalité trois importantes réformes :

A. — Les donations à cause de mort seront dispensées de l'insinuation : *omnes mortis causa donationes, sive juxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsequuta sunt, actis minime indigere; neque expectare publicarum personarum praesentiam, et ea quae super hujusmodi monumentis solent adhiberi.*

B. — Les donations à cause de mort exigent la présence de cinq témoins : *sed ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus, vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere : et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate valata, et nullam in ea calumniam accipiat.*

C. — Les donations à cause de mort sont rapprochées, autant que faire se peut, des legs : *et omnes effectus sortiatur, quos ultima habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimilis eis intelligatur.*

1. Sous Justinien il n'y a plus d'intérêt à la distinction entre la *factio testamenti* et le *jus capiendi*.

2. A partir de Septime-Sévère (5. C. 6. 50).

Reprenons une à une ces trois propositions, car elles ne sont pas admises par tout le monde.

A. — Les donations à cause de mort sont dispensées de l'insinuation. Savigny¹ considère cette dispense comme facultative. Les parties auraient donc le choix entre la formalité des cinq témoins et l'insinuation. Mais le texte de la loi 4 est absolu, à maintes reprises il affirme la dispense d'insinuation et nulle part il ne fait allusion à cette option dont on ne comprendrait pas l'utilité.

B. — Les donations à cause de mort exigent la présence de cinq témoins. Faut-il reproduire ici la distinction entre les donations au-dessus ou au-dessous de 500 solidi et dispenser de la présence des témoins les donations inférieures au *modus*? Pour l'affirmative on invoque l'esprit et la lettre des textes de Justinien. L'esprit, car la formalité des cinq témoins remplace l'insinuation et doit par suite être soumise aux mêmes règles. La lettre, car les lois 34 et 36. C. 8. 54, qui relèvent la dispense jusqu'à 300 et 500 solidi, paraissent bien générales : *sancimus omnem donationem, sive communem, sive ante nuptias factam, usque ad trecentos solidos cumulata, non indigere monumentis...* (34). *Ceteris etiam donationibus quæ gestis intervenientibus minime sunt insinuatæ, sine aliquâ distinctione usque ad quingentos solidos valituris* (36). Les partisans de la négative répondent que la loi 4. C. 8. 57, qui établit la formalité des cinq témoins, est d'un an postérieure² à la loi 34. C. 8. 54 qui distingue entre les donations au-dessus ou au-dessous de 300 solidi, que, par conséquent, si la loi 4 avait voulu reproduire cette distinction, elle y aurait fait allusion; que les termes des lois 34 et 36 ne sont pas aussi généraux qu'on le prétend, car les mots *omnem donationem* s'atténuent par l'opposition qui les suit : *sive communem, sive ante nuptias factam*. Nous adopterons cette dernière opinion parce qu'elle est plus conforme au texte de la réforme de Justinien, *omnes mortis causa donationes*, dit la loi 4. C. 8. 57, et qu'il serait vraiment extraordinaire qu'en réglant la formalité qui remplacerait, pour les donations

1. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, tome IV, p. 271. En sens contraire, M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 58.

2. La loi 4. C. 8. 57 est de 530, la loi 34. C. 8. 54 de 529.

à cause de mort, l'insinuation, l'empereur eût oublié de dire à quelles donations s'étendrait cette formalité.

On a vu, dans cette formalité des cinq témoins, une application des règles des codicilles, soumis, eux aussi, depuis Théodose le Jeune, à la présence et à la signature de cinq témoins. Les conséquences de cette assimilation aggraveraient la formalité puisqu'au lieu de la simple présence de cinq témoins dont parle la loi 4. C. 8. 57, il faut, d'une part qu'il soit procédé sans interruption à la constitution du codicille en présence de ces témoins, *in uno eodemque tempore debent adhiberi* (8. § 3. C. 6. 36), d'autre part que ces mêmes témoins contresignent l'écrit qui constate le codicille dans le cas où il en est fait un, *testibus videlicet quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus* (8. § 3 *in fine*). Sur d'autres points au contraire la formalité des cinq témoins serait atténuée : ainsi le fidéicommissaire à qui un fidéicommis a été laissé, sans que les cinq témoins aient été appelés, peut, après avoir prêté lui-même le serment *de calumniâ*, déférer le serment à l'héritier ou au légataire et suppléer ainsi à l'absence des témoins (32. C. 6. 42).

L'extension des formalités des codicilles aux donations à cause de mort paraît au premier abord devoir être admise. « Quoi de plus naturel que de regarder la prescription des cinq témoins comme une brève désignation de la forme codicillaire exigée pour la validité des legs ? Justinien avait-il besoin de reproduire à cette occasion tout ce qu'il dit ailleurs sur la forme des codicilles ¹ ? »

Nous n'osons pas néanmoins aller jusqu'à cette assimilation. Sans doute, c'est la formalité des codicilles qui a donné à Justinien l'idée d'exiger cinq témoins pour les donations à cause de mort, mais aucun texte ne nous prouve qu'il ait voulu étendre toutes les règles qui régissent les formes des codicilles à la formalité qu'il créait pour les donations à cause de mort. Il est au contraire à remarquer que la loi 4. C. 8. 57 prévoit expressément le cas d'une donation à cause de mort par écrit et ne parle nullement de la *subnotatio* des té-

¹ Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, tome, IV, page 274, § 172.

moins. Il est également extraordinaire que Justinien n'ait pas rappelé qu'il empruntait aux codicilles la nouvelle forme des donations à cause de mort. Or, « il est toujours dangereux d'accuser de brièveté l'empereur qui a l'habitude et la réputation d'être le plus prolix entre tous ¹ ».

C. — Les donations à cause de mort sont rapprochées, autant que faire se peut, des legs. — Nous disons rapprochées et non confondues, malgré le texte de la loi 4. C. 8. 57, *et omnes effectus sortiatur, quos ultimæ habent liberalitates, nec ex quâcumque parte absimilis eis intelligatur*². Plusieurs textes diminuent en effet la portée de cette loi. Ainsi, le paragraphe 1. I. 2. 7 n'est plus aussi général : *nam quum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causæ quædam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est ut per omnia fere legatis connumeretur...* La Novelle 87 montre bien que la réforme de Justinien n'est que l'application d'une des deux opinions qui partageaient les jurisconsultes, *ea quæ pluribus et optimis legislatoribus visa sunt, eligentes* (Nov. 87. pr.). Or, les jurisconsultes n'avaient jamais poussé l'assimilation des donations à cause de mort aux legs jusqu'à la confusion, et, précisément un de ceux que Justinien cite avec le plus d'honneur *sicuti sapientissimus Julianus constituit* (pr. Nov. 87) paraît être l'auteur d'un ouvrage sur les différences entre les legs et les donations à cause de mort. M. Glasson remarque en effet ³ qu'un jurisconsulte, appelé par les scholiastes tantôt *Enantiophanes*, tantôt l'*Anonyme*, parle dans une scholie sur la loi 25 aux *Basiliques*, livre 47, titre 3, des différences entre les donations à cause de mort et les legs, et ajoute qu'il en a même fait le relevé dans un livre spécial. Le savant professeur se demande donc, adoptant en cela les conjectures de Bach, Biener, Zachariæ, qui voient dans cet Ano-

1. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 62.

2. Justinien a étendu également, par un texte spécial, la théorie de l'accroissement des legs aux donations à cause de mort : « hæc autem omnia locum habere censemus tam in testamentis, sive in scriptis, sive sine scriptis habitis quam in codicillis et omni ultimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit derelictum, nec non in mortis causâ donationibus », 1. § 14. C. 6. 51.

3. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, pp. 199-200.

nyme l'antécresseur Julien, si « le très savant Julien », auquel se réfère Justinien, ne serait pas justement l'Anonyme des *Basiliques*.

Quelle que soit d'ailleurs la personnalité incertaine de ce Julien et son influence sur les idées juridiques de Justinien, il est certain que nous trouvons, même dans le Digeste, dont la publication est de trois ans postérieure à la loi 4. C. 8. 57¹, de nombreux textes qui énumèrent des différences entre les donations à cause de mort et les legs².

Ainsi : le fils de famille peut faire une donation à cause de mort avec le consentement du *paterfamilias* sur son pécule adventice. Il ne peut au contraire faire un legs. 25. § 1. D. 39. 6. *filiusfamilias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare, pater permitte, potest.*

La donation à cause de mort est indépendante du testament (25. pr. D. 39. 6). Le legs suit le sort du testament et tombe avec lui. Le légataire doit attendre que l'héritier ait fait addition pour obtenir le bénéfice du legs. Sa capacité est soumise à la règle Catonienne; il doit par suite avoir la *factio testamenti* à deux moments, non seulement lors du décès du testateur, mais en outre lors de la confection du testament. Le donataire à cause de mort voit son droit s'ouvrir par le seul fait du décès, s'il est capable à ce moment : *in mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit* (22 et 32. D. 39. 6).

Toutefois, à partir de 531, époque de la fusion des legs et des fidéicommiss opérée par Justinien (2. C. 6. 43), ces différences ont perdu leur importance. Le legs est assimilé au fidéicommis. Or la *factio testamenti* n'est exigée du fidéicommissaire qu'au décès. De plus le fidéicommis peut être fait dans un codicille *ab intestat* : il n'y a donc plus à tenir compte du sort du testament.

1. La loi 4. C. 8. 57 est de 530, la publication du Digeste de 533.

2. Ces textes ont d'autant plus de valeur que plusieurs se trouvent au livre 39, titre 6, du Digeste consacré spécialement aux donations à cause de mort, comme le rappelle Justinien lui-même : « quod quidem nos in trigesimo nono nostrorum digestorum scripsimus; omnia enim comprehendimus in brevi et quae vetustis et quae nobis placita sunt », pr. Nov. 87.

Le donataire à cause de mort peut exercer la *querela inofficiosi testamenti*, sans perdre le bénéfice de la libéralité. Le légataire, au contraire, serait dans ce cas déchu du legs: *post legatum acceptum inofficiosum (testamentum) autem dicere non permittitur* (5. § 7. pr. D. 34. 9). *Qui mortis causa donationem accepit a testatore, non est similis in hâc causâ legatario* (5. § 17).

L'héritier ne peut exercer l'interdit *quod legatorum* contre le donataire à cause de mort mis en possession¹, *si quis ex mortis causâ donatione possideat, utique cessabit interdictum* (1. § 5. D. 43. 3). Cet interdit est d'un exercice tout naturel contre le légataire (1. § 1. D. 43. 3).

La donation à cause de mort d'une rente *in singulos dies, menses* ou *annos* est considérée comme une seule donation. Le legs d'une rente comprend autant de legs qu'il y a d'arrérages: *sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est non est similis ei cui in annos singulos legatum est: nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est* (35. § 7. D. 39. 6).

Ces exemples appuyés sur les textes sont suffisants pour limiter la réforme de Justinien et justifier notre proposition: que les donations sont rapprochées, non assimilées aux legs. On peut du reste trouver d'autres différences:

de forme). La forme des donations à cause de mort n'a jamais été celle des legs².

de capacité). Le donateur peut s'interdire, dans la donation à cause de mort, le droit de révocation. La donation à cause de mort reste alors soumise seulement à la révocation pour prédécès du donataire. Le legs reste toujours et nécessairement révocable.

d'effets). La donation à cause de mort ne transfère pas par elle-même la propriété, elle doit être suivie de tradition. Le legs est, au contraire, un mode d'acquérir la propriété.

1. Il s'agit du donataire mis en possession par le *de cujus*. La règle ne serait plus la même si le donataire s'était mis en possession de lui-même et sans le consentement du donateur.

2. Même à l'époque de l'assimilation du legs et du fidéicommiss, puisque nous avons admis que la forme des donations à cause de mort n'était pas absolument identique à celle du codicille qui peut être employée pour le fidéicommiss.

Le donataire à cause de mort d'une quote-part de patrimoine est un successeur à titre particulier. Le légataire est, dans ce cas, un successeur à titre universel.

Le donateur peut, durant sa vie, transférer la propriété au donataire, cette propriété sera seulement soumise à une condition résolutoire. Le droit du légataire ne prend naissance qu'au décès du testateur.

CHAPITRE V

EFFETS DES DONATIONS SOUS JUSTINIEN

SECTION PREMIÈRE

Effets des donations entre vifs.

Pour étudier les effets des donations entre vifs sous Justinien, il nous faut revenir au texte qui constate la principale réforme de cet empereur, c'est-à-dire la reconnaissance du pacte de donation : *perficiuntur (donationes) autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit... Ut etiamsi non tradantur habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incombât donatori* (§ 2. Inst. 2. 7).

Quel a été le contre-coup de cette réforme sur les effets de la donation ?

Un premier point est acquis, nous l'avons déjà indiqué, car il est la conséquence nécessaire et inséparable de la reconnaissance légale du pacte de donation : désormais le simple pacte de donation produit contre le donateur une action personnelle au profit du donataire tendant à lui faire obtenir le bénéfice de la donation, c'est-à-dire le transfert d'un droit réel, l'exécution d'une promesse, la remise de sa dette. Justinien n'a pas cru nécessaire de donner un nom à cette action ; elle rentre donc dans la classe nombreuse des *condictiones ex lege* : *si obligatio lege novâ introducta sit neque cautum eâdem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est* (1. D. 13. 2).

Mais ne faut-il pas aller plus loin et dire que le pacte de donation transfère par lui-même, dans la donation *dando*, la propriété ou tout autre droit réel au donataire ? Ce serait là

une grande innovation qui élargirait singulièrement la portée des réformes de Justinien dans la matière des donations, qui, par-dessus des siècles d'ensaisinement réel, puis fictif, rapprocherait cet empereur des rédacteurs du Code Civil.

Le début même du titre des donations aux Institutes, pourrait faire croire que Justinien a été jusque-là. Le titre 7 *de donationibus*, qui suit immédiatement, au livre II, le titre consacré à l'Usucapion s'ouvre par cette phrase à effet : « *Est aliud genus acquisitionis, donatio.* » Malheureusement, Justinien ne mesure pas toujours sa parole à sa pensée et le reste du texte ne répond pas, en l'espèce, à l'importance de la préface. La nécessité de la tradition est toujours affirmée : *et ad exemplum venditionis, nostra Constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit* (§ 2. Inst. 2. 7). Un instant, il semble que l'empereur va se dégager de la nécessité de la tradition : *ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum, et perfectum robur*, mais immédiatement il limite à nouveau la portée de ses expressions, *et traditionis necessitas incombatur donatori*.

On retrouve la pensée de Justinien exprimée en des termes presque identiques avec la même hésitation de langage dans la loi 35. § 5. C. 8. 54 : *sin vero et hoc prætermissum sit, et usufructum minime detinuerit, nihilominus ex lege nostrâ necessitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimavit : ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditæ sunt : nec confirmetur ex traditione donatio : sed liberalitatem plenam, et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur et necessitatem habeat donator omnimodo vel res vel partem substantiæ, quam nominaverit, vel totam substantiam tradere*. C'est donc bien une obligation de faire tradition pour le donateur et non une dispense totale de la tradition que contient le pacte de donation après la réforme de Justinien.

Les innovations de Justinien n'ont pas eu d'influence sur la responsabilité du donateur. En principe, le pacte de donation n'a pas pour effet de l'obliger à garantie ; il n'est jamais tenu que dans les limites de son actif et peut opposer l'exception *in quantum facere potest* (12. D. 39. 5) ; il répond

seulement du préjudice qu'il a causé au donataire par son dol (62. D. 21. 1).

SECTION II

Effets des donations sub modo.

C'est pour ainsi dire accidentellement que les effets de la donation *sub modo* ont été modifiés par Justinien. Ce prince énumère, parmi les causes de révocation pour ingratitude, l'inexécution des charges. Or, la révocation pour ingratitude, nous le verrons plus tard, ne laisse au donateur qu'une action personnelle, une *condictio ex lege*; de plus, elle n'est pas transmissible aux héritiers s'il n'y a pas eu commencement d'action par le donateur. La décision de Justinien ferait donc disparaître la *rei vindicatio utilis* qu'on accordait au donateur en cas d'inexécution des charges, ce qui est assez bizarre, cette *rei vindicatio utilis* étant constatée par la loi 1. C. 8. 55, alors que l'assimilation de l'inexécution des charges à l'ingratitude est prononcée par la loi 10. C. 8. 56. La nouvelle action ne serait pas non plus transmissible aux héritiers du donateur. Aussi M. Accarias se demande-t-il si les règles de la révocation pour ingratitude s'appliquent au cas d'inexécution des charges dont la donation est grevée? « Il est difficile de le croire, ajoute-t-il, sans quoi elles abrogeaient tout le système du droit ancien relativement à la donation *sub modo*, et alors il faudrait se demander pourquoi Justinien conserve tant de textes qui le consacrent. C'est donc, selon moi, par irréflection qu'il a compté l'inexécution du *modus* parmi les causes d'ingratitude ¹ ».

Malheureusement pour la logique de Justinien, le texte qui range l'inexécution des charges parmi les cas d'ingratitude est si précis qu'il semble difficile de n'y voir qu'une simple inattention : *vel quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit* (10. C. 8. 56).

1. M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, § 305, note 2.

Les auteurs ne sont pas du reste d'accord sur les cas d'application et la nature de cette *vindicatio utilis* dont parle la loi (1. C. 8. 55). Ainsi Maynz ne voit dans la loi I qui consacre cette revendication qu'une exception spéciale au cas où le *modus* consiste à fournir des aliments. Dans les autres cas, il refuse la revendication et n'accorde que la *condictio causa data causa, non secuta*¹. M. Appleton pense que cette *vindicatio utilis* est la Publicienne, car, avec la revendication directe, l'épithète d'*utilis* ne se comprendrait pas et les principes les plus élémentaires s'opposent à ce que cette action puisse coexister avec la *condictio* qu'accorde également la loi 1².

Le donateur qui n'invoque pas la révocation reste libre de demander l'exécution du *modus* par l'*actio præscriptis verbis* (9. C. 8. 54). Le tiers, si le *modus* est en sa faveur, n'a pour en exiger l'accomplissement qu'une action *ex stipulatu utilis*³.

SECTION III

Effets des donations propter nuptias.

Le contre-coup des nombreuses réformes de Justinien sur la dots'est fait naturellement sentir dans la matière connexe des donations *propter nuptias* et en a profondément modifié les effets. Ainsi :

1^o En cas d'insolvabilité menaçante du mari, la femme est autorisée à exiger le montant de la donation *propter nuptias*, comme elle peut demander à reprendre sa dot (29. C. 5. 12).

2^o Le mari ne peut aliéner ou hypothéquer les immeubles qui composent cette donation même avec le consentement de la femme : *quod enim semel vinculis sponsalitiæ largitionis obligatum est, non erit conveniens alienari : ut mulier eveniente forsitan lucro, quod ei confert antenuptialis*

1. Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, § 256.

2. M. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne*, t. II, p. 226.

3. M. Accarias, *Précis de droit romain*, § 306, p. 800. Savigny, par analogie avec l'action fidéicommissaire qui se donnait contre le donataire *mortis causa* chargé d'un fidéicommis considère le *modus* comme une espèce de fidéicommis et donne une action fidéicommissaire *utilis*. Savigny, *Traité de droit romain*, t. IV, p. 296, § 175.

donatio, difficultatem patiatur, non inveniens rem in viri substantiâ, cum sit alienata aliis aut supposita, ut potentibus forte personis (Nov. 61. cap. 1). La nullité de l'aliénation ou de l'hypothèque peut se couvrir par la répétition du consentement de la femme après un délai de deux ans, pourvu que le patrimoine du mari soit suffisant pour la garantir de toute perte (Nov. 61. cap. 1. § 3).

3° La femme peut revendiquer les objets qui composent la donation *propter nuptias*. Il s'agit bien de revendication, non de l'exercice d'un privilège : *quatenus illi (mulieri) propter hujusmodi causas aut sit omnibus modis inadibilis vindicatio aut difficilis* (Nov. 61. cap. 1. pr.).

4° La femme a une hypothèque tacite sur les biens du mari, mais cette hypothèque prend rang à sa date et n'est pas privilégiée : *Hæc autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempori servire disponimus et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur curamus* (12. § 2. C. 8. 18).

La corrélation entre les effets de la dot et ceux de la donation *propter nuptias* s'affirme encore plus au point de vue de l'attribution qui sera faite des biens donnés à la dissolution du mariage. Jusqu'à Justinien, si le mari conserve une partie de la dot, la femme garde une part proportionnelle de la donation *propter nuptias* : *ex morte cujuscumque personæ, sive mariti, sive mulieris, eandem partem, non pecuniæ quantitatem, tam virum ex dote quam mulierem ex ante nuptias donatione lucrari decernimus* (9. C. 5. 14). La Nouvelle 22 de Justinien maintient encore la même proportion en ajoutant qu'en cas d'inégalité entre la part accordée par les conventions des époux au mari sur la dot et celle accordée à la femme sur la donation *propter nuptias*, on appliquera aux deux époux la proportion la plus faible (Nov. 22. cap. 20. pr. 10. C. 5. 14).

Dans la Nouvelle 97, Justinien décide que la donation *propter nuptias*, du moment où il en est fait une, doit être toujours égale à la dot, aussi bien dans son montant que dans le bénéfice dernier attribué à chaque époux. Il s'agit là non

plus d'une égalité proportionnelle, mais d'une égalité absolue: *Hoc igitur ante alia universa corrigimus, æqualia in dotibus esse et propter nuptias donationibus, et ea quæ offeruntur et ea quæ in stipulationem deducuntur pacta et tantum quidem quantitatem conscribere virum quantam et mulierem: tantum quoque lucrum stipulari, et ex tantâ parte, ex quantâ voluerit, æqualis tamen mensuræ* (Nov. 97. cap. 1).

Il semblerait donc qu'à partir de 530 Justinien ne laissant plus, sauf convention contraire, le bénéfice de la dot au mari après la dissolution du mariage (1. pr. C. 5. 13), par application du même principe d'égalité la femme ne devrait pas davantage conserver le bénéfice de la donation *propter nuptias*. Toutefois l'assimilation entre la donation *propter nuptias* et la dot n'a pas été poussée jusque-là. Si le mariage se dissout par le prédécès du mari, la donation *propter nuptias* paraît bien devoir revenir à la femme comme une espèce de douaire ¹. L'innovation de Justinien consiste à ne lui laisser que l'usufruit, s'il y a des enfants: *et ex diverso si mortuus fuerit vir, mulierem antenuptialis donationis lucra propriis filiis servare: usum quidem lucrorum ex nuptiis apud eos (conjuges) constitutum, proprietatem vero eorum filiis omnino servandam* (Nov. 118. cap. 1). Cet usufruit se trouve même accru d'une part d'enfant en pleine propriété si la femme ne se marie pas: *habere vero eam et proprietatis tantum, quantum filiorum quantitas faciat: ut secundum proprietatis rationem unius et ipsa filii personam obtinere videatur* (Nov. 127. cap. 111). En cas de divorce l'analogie entre les effets de la donation *propter nuptias* et ceux de la dot est encore plus complète. Si le divorce a lieu par mutuel consentement, sauf au cas où il est autorisé pour vœux de chasteté, impuissance ou absence par suite de captivité (Nov. 22. cap. 5. 6. 7. Nov. 117. cap. 12), la femme perd le bénéfice de la donation *propter nuptias*, comme le mari perd le bénéfice de la dot. Ces biens, ainsi du reste que tout le patrimoine des époux, sont attribués par la loi aux enfants, à leur défaut aux ascendants et en même

1. Maynz, *Cours de droit romain*, t. III, § 316 *in fine*.

temps au couvent où les époux sont enfermés, dans une proportion qui va du tiers, s'il y a des descendants, à la totalité s'il y a ni descendants ni ascendants (Nov. 134. cap. 11).

Si le divorce a lieu *bonâ gratiâ*, dans les trois cas ci-dessus autorisés, chaque époux reprend les libéralités qui auraient dû parvenir de son chef à l'autre conjoint, la femme recouvre la dot, le mari la donation *propter nuptias* (Nov. 22. cap. 6. 7). Toutefois l'entrée dans un monastère d'un des conjoints est assimilée à son prédécès ; par conséquent, si c'est le mari qui entre ainsi au couvent, la femme bénéficie de la donation *propter nuptias* (Nov. 22. cap. 5).

Si le divorce a lieu du chef d'une seule partie, et sans motifs légitimes, l'épouse à qui le libelle de répudiation est envoyé gagne les avantages qui lui ont été faits à l'occasion du mariage ; la femme qui n'a pas demandé le divorce bénéficie notamment, dans ce cas, de la donation *propter nuptias*, de même que le mari garderait la dot si les rôles étaient renversés et qu'il n'eût point provoqué le divorce (Nov. 117. cap. 13 ; Nov. 127. cap. 4).

Il en est de même si le divorce a lieu pour une juste cause : si l'époux innocent est le mari, il garde la dot et n'a point à exécuter la donation *propter nuptias* ; si au contraire le conjoint innocent est la femme, elle reprend la dot et peut exiger en outre la donation *propter nuptias* (Nov. 117. cap. 8. 9).

Dans tous ces cas, la nue propriété des biens recueillis par l'époux innocent, par suite des libéralités que lui a faites l'époux coupable, est réservée par Justinien aux enfants nés du mariage (Nov. 117. cap. 8. 9. 13).

SECTION IV

Effets des donations entre époux.

Justinien n'a pas modifié les règles qui régissent les donations entre époux pendant la vie de l'époux donateur : jusqu'à son décès, la donation est nulle. Le donateur demeure propriétaire de la chose donnée, créancier de l'obligation remise, libre de l'obligation contractée. Il reprend donc sa chose si bon lui semble et comme bon lui semble.

Néanmoins il faut tenir compte de deux faits : l'époux dona-

taire a reçu la chose du propriétaire lui-même et, dès lors, tant que celui-ci ne réclame pas, c'est avec son consentement qu'il possède; en outre, le lien qui unit les époux est un motif d'adoucissement aux rigueurs de la nullité : *et sane non amare, nec tanquam inter infestos jus prohibita donationis tractandum est : sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes* (28. § 2. D. 24. 1). En conséquence : 1^o l'époux donataire, bien qu'il ait dû connaître la nullité, n'est pas traité comme un possesseur de mauvaise foi. Ainsi : l'époux donateur ne peut jamais obtenir par la *condictio* ou la revendication plus que ce qu'il a donné : il ne pourra donc réclamer ni les fruits, ni les intérêts (17. pr. D. 24. 1); en cas de construction sur le terrain donné, il devra au donataire le remboursement des dépenses (31. § 2. D. *eod. tit.*).

2^o L'époux donateur ne peut demander au donataire que le profit qui reste entre les mains de ce dernier au moment de la *litis contestatio* (7. pr. D. *eod. tit.*). Il s'ensuit qu'en l'absence de dol la perte fait disparaître toute action (28. pr. D. 21. 1). La *consumptio* résulte de tout événement par suite duquel le donataire cesse d'être enrichi (32. § 9. D. *eod. tit.*). L'effet libératoire pour le donataire repose sur une idée de consentement tacite du donateur : le donataire possédant la chose du consentement du donateur, tous les usages qu'il en fait sont supposés autorisés par lui; par exemple, le donataire a-t-il aliéné la chose donnée, sans en retirer aucun avantage, ou prêté à un débiteur insolvable, dans tous ces cas il est libéré (16. D. *eod. tit.*).

Il s'en suit encore que lorsque l'époux donateur, au lieu de la chose même, consent à n'en recevoir que la valeur, l'estimation doit être faite par le juge et non par le *jusjurandum in litem* du demandeur; que dans ce cas l'époux donataire aura le droit d'exiger la *cautio de evictione* réduite au simple (36. pr. *eod. tit.*); que si le donataire a acheté, avec les deniers donnés, une chose, c'est la valeur de cette dernière chose dont il est redevable, sans qu'il puisse jamais être tenu à plus qu'au montant primitif de la donation; que la perte par cas fortuit de la chose achetée le libère de tout recours (28. § 3. D. 24. 1).

Si nous nous plaçons maintenant au moment du décès du donateur, nous trouvons depuis Septime-Sévère que ce décès, survenu sans divorce et sans changement de volonté, confirme la donation entre époux. Celle-ci était alors assimilée aux donations à cause de mort, du moins quand leur effet est reporté au décès et que le donateur ne s'est pas interdit le droit de révocation. Justinien a exigé une confirmation testamentaire expresse pour la donation entre époux supérieure à 500 solidi non insinuée. En outre, cette donation ne produira désormais ses effets que du jour de cette confirmation: *specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eadem donationes confirmatæ sunt* (25. C. 5. 16).

L'effet des autres donations entre époux inférieures à 500 solidi ou régulièrement insinuées est au contraire reporté à la date de la donation (25. C. 5. 16). Par conséquent, si elles n'ont pas été réalisées du vivant du donateur, elles font naître au profit de l'époux donataire une *condictio ex lege* lui permettant d'exiger des héritiers du donateur l'exécution de la donation. Si, au contraire, elles ont été réalisées au moment même de la donation, la confirmation valide rétroactivement les actes d'exécution; la propriété est consolidée sur la tête du donataire, l'obligation contractée par le donateur, la délégation accomplie par lui deviennent valides, la remise de dette est définitive. Cette rétroactivité a notamment pour effet de rendre valables les actes d'aliénation accomplis par le donataire sur la chose donnée entre la date de la donation et le décès. Nous ne disons pas qu'elle fait tomber l'aliénation de la chose et les droits réels consentis par le donateur. D'ordinaire, c'est le second effet de la rétroactivité, mais, en notre matière, nous ne devons pas oublier que le donateur pouvant toujours révoquer, même tacitement, la donation, l'aliénation est une révocation complète, la concession d'un droit réel une révocation partielle. Justinien a pris soin de déclarer que la constitution par l'époux donateur d'un droit de gage ou d'hypothèque sur la chose donnée ne ferait plus présumer la révocation de la donation : *ita ut, quamvis postea vir in hypothecam dederit rem vel in pignus tradiderit, non tamen pravalienasse videri ipsum, quamdiu superstes erat, silentem* (Nov. 162. cap. 1. § 1).

Les règles que nous venons d'exposer sur les effets des donations entre époux doivent être étendues aux effets de la donation faite par le père de famille à son fils *in potestate*. La réforme de Justinien contenue dans la loi 25 C. 5. 16 est en effet commune à ces deux matières.

SECTION V

Effets des donations à cause de mort.

Nous retrouvons à propos des effets des donations à cause de mort la même question que nous avons étudiée à propos des donations entre vifs : la donation transfère-t-elle par elle-même la propriété? C'est aussi une réforme de Justinien qui nous oblige à la poser.

Nous avons vu que Justinien avait rapproché les donations à cause de mort des legs (4. C. 8. 57). Ortolan en conclut que la donation à cause de mort transfère, désormais, par elle-même la propriété : « mais à l'époque de Justinien, et après la constitution de cet empereur que nous venons de citer, nul doute que les donations à cause de mort faites sans tradition, dans les termes de cette constitution, ne transfèrent par elles-mêmes la propriété, au moment du décès, comme le faisaient, à cette époque, un legs sans distinction des anciennes formules *per vindicationem* ou *per damnationem*, et même un fidéicommiss¹. » On peut ajouter à ces considérations un argument de texte : les lois 1. § 2 et 2. D. 6. 2 sont en effet ainsi conçues : *sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem : cum satis multa sint juris partes quibus dominium quis nancisceretur? Ut puta legatum* (Ulpien); — *vel mortis causa donationes factæ, nam amissâ possessione competit Publiciana quia ad exemplum legatorum capiuntur* (Paul).

Nous repousserons néanmoins cette solution. « Une translation de propriété *solo consensu*, dit très bien M. Glasson, serait un résultat trop extraordinaire, même dans le droit de Justinien, pour qu'on puisse le supposer implicitement compris dans une disposition qui n'en dit rien² ». Nous espérons

1. Ortolan, *Explication historique des Institutes*, t. II, § 563.

2. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 65, § 47. M. Accarias, t. I, § 308, p. 807, note 2.

du reste avoir suffisamment démontré qu'il y a rapprochement, non assimilation, entre les donations à cause de mort et les legs. Quant au texte de Paul qu'on nous oppose, il peut très bien s'appliquer à l'hypothèse où la donation a été faite par tradition du vivant même du donateur, mais sous la condition suspensive du prédécès du donateur. « C'est à l'instant de ce décès que la propriété de la chose antérieurement livrée sera transférée au donataire si le donateur avait lui-même la propriété et que, dans le cas contraire, l'usuca-pion commencera à courir en faveur de ce donataire et l'action Publicienne à lui compéter, s'il vient à perdre la possession (*amissâ possessione*). Le donataire acquiert donc après la mort du donateur le droit à la revendication ou à l'action Publicienne. C'est là un point de ressemblance avec un legs *per vindicationem*² ». Mais ce n'est pas, au fond, la donation à cause de mort qui est la cause de l'acquisition du donataire, c'est la tradition primitive.

En dehors de cette controverse, les effets des donations à cause de mort se trouvent naturellement compliqués par suite des cas de résolution auxquels elles sont soumises. Nous résumerons rapidement ces difficultés, car l'influence de Justinien s'y fait très peu sentir.

I. — *Effets de la donation à cause de mort effectuée dando.*

Nous distinguerons trois hypothèses :

A. — *La condition est pendante* : le donateur et le donataire ne sont ni l'un ni l'autre prédécédés.

Si la propriété a été transférée dès le moment de la donation au donataire, celui-ci jouit de tous les avantages de la propriété et exerce toutes les actions qui appartiennent au propriétaire.

Si le donateur s'est réservé la propriété depuis la tradition et jusqu'à l'accomplissement de la condition, le donataire est un simple possesseur³.

B. — *La condition arrive* : le décès du donateur survient

2. Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la Propriété*, pp. 459-460.

3. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, § 84, p. 121.

avant celui du donataire. La propriété est transmise à ce dernier ou confirmée entre ses mains. La seule difficulté est de savoir si, dans le premier cas, dans celui où le donateur a conservé la propriété jusqu'au décès, celle-ci sera acquise rétroactivement au donataire à partir du jour de la donation. Du reste, partisans et adversaires de la rétroactivité sont d'accord pour faire tomber, du moins à partir de l'arrivée de la condition, les charges réelles consenties dans l'intervalle par le *donateur*, l'intérêt pratique de la discussion se trouve par le fait même bien amoindri¹.

Cette question touche cependant à notre sujet, car plusieurs des textes qui servent d'argument sont empruntés à la matière des donations. Nous examinerons donc, au moins très brièvement, si la condition suspensive du décès du donateur rétroagit, à l'époque de Justinien, dans les donations à cause de mort, au profit du donataire, et reporte son droit de propriété au moment de la donation. Les partisans de la non-rétroactivité raisonnent ainsi : « L'acte fait sous condition doit être considéré, après l'événement de la condition, comme s'il avait été fait *ab initio* sous un terme incertain. Or, le terme qui, dans les obligations, ne suspend que l'exigibilité, suspend au contraire la naissance même du droit quand il s'agit d'un acte translatif de propriété... La condition étant, si l'on veut, effacée par la fiction de la rétroactivité, il restera toujours un terme que rien ne peut effacer et qui reculera forcément à l'arrivée de la condition le déplacement de la propriété² ». A l'appui de cette thèse, on invoque notamment, dans la matière des donations, la loi 11. pr. D. 24.4 : *sed interim res non statim fiunt ejus, cui donatur sunt, sed tunc demum, quum mors insecuta est, medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit*.

Il semble cependant bien, si l'on consulte précisément les

1. Dans le sens favorable à la rétroactivité, voir M. Glasson, 285. En sens contraire M. Bufnoir. *Théorie de la condition*, pp. 408 et suiv. « Il faut le dire tout de suite, dit M. Bufnoir, le malentendu est venu surtout de ce qu'on a voulu rattacher à la rétroactivité des effets qui ne sont pas de son domaine. Ainsi généralement cette prétendue rétroactivité n'était guère invoquée que pour permettre à l'acquéreur de méconnaître les droits réels constitués sur la chose par l'aliénateur *ante conditionem existentem*. Mais comme je l'ai fait voir pour les legs, le but était atteint sans cela par la simple application de la règle « Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet ».

2. M. Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 411.

textes relatifs à la donation, que les jurisconsultes romains admettaient la possibilité de l'effet rétroactif de la condition dans les donations à cause de mort. La loi 40 au D. *de mortis causa donationibus*. 39. 6 constate expressément cette rétroactivité : *si mortis causa donatio inter virum et uxorem facta sit, morte secutâ reducitur ad id tempus quo interposita fuit*. La loi 11. § 1. D. *de donationibus inter virum et uxorem* 24. 1. indique également que les époux peuvent se faire une donation à cause de mort contenant la clause que si la donation devient irrévocable par le prédécès du donateur, on fera remonter rétroactivement ses effets au jour de la donation, *ut non solum ea donatio valeat, secundum Julianum, quæ hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio*¹. Ulpien paraît même considérer la rétroactivité comme le principe normal : *quando itaque non retroagatur donatio emergunt vitia* (11. § 2. D. 24. 1).

Quant à la loi 11. pr. D. *eod. tit.*, qu'on invoque contre l'effet rétroactif de la condition, il ne faut point oublier qu'elle est au titre des donations entre époux. Elle rappelle simplement cette règle, spéciale aux donations à cause de mort entre époux, que, dans ces donations, le donateur ne peut jamais transférer de suite la propriété au donataire.

En réalité, l'effet rétroactif de la condition du prédécès du donateur est possible. L'existence de cette rétroactivité n'est plus, en fait, dans chaque donation, qu'une question d'interprétation de la volonté du donateur².

C.—*La condition vient à défaillir*: le donataire prédécède ou le donateur révoque la donation.

Si le donateur a conservé la propriété de la chose, son droit se trouve définitivement confirmé. Si, au contraire, le donateur a, dès le moment de la donation, transféré au donataire la propriété, la caducité de la libéralité lui donne bien le

1. Dans le même sens, loi 11, § 9. D. 24. 1.

2. M. Glasson présume la rétroactivité de la condition sauf dans les donations entre époux. *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 107. M. Appleton ne présume au contraire la rétroactivité que dans les donations entre époux ; dans les autres donations, « si le donateur avait voulu transférer immédiatement la propriété, il aurait donné sous condition résolutoire et non pas sous condition suspensive ». *Histoire de la propriété Prétorienne et de l'action Publicienne*, t. II, p. 208, note 65.

droit de redemander la chose donnée. Mais comment et par quelle action ?

Un premier point est certain. Le donateur a toujours pu agir par une action personnelle, par la *condictio causa data, causa non secuta*¹ destinée à obliger le donataire ou ses héritiers à lui retransférer la propriété de l'objet donné. Par l'exercice de la *condictio*, la propriété revenait au donateur grevée des charges que le donataire lui avait imposées pendant sa jouissance.

Mais le donateur *mortis causa* pouvait-il reprendre sa chose par une action *in rem* ? Quelle était cette action *in rem* ? Faisait-elle revenir entre les mains du donateur la propriété de sa chose libre de toutes les charges réelles consenties par le donataire ? Ces questions donnent lieu aux plus vives controverses dans la doctrine, car elles ne sont que l'application à la *donatio mortis causa* de la question plus générale et si discutée de l'effet de la condition résolutoire en matière de propriété. Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de toutes les solutions et distinctions proposées². Nous croyons, en nous plaçant seulement au point de vue qui nous intéresse de la donation à cause de mort, qu'on peut, en réalité, ramener à quatre les différents systèmes qui divisent les auteurs.

1° Un premier système déclare qu'à aucune époque, en droit romain, la caducité de la donation à cause de mort n'a fait revenir de plein droit la propriété au donateur. Celui-ci n'a jamais pu revendiquer la chose donnée, il n'a toujours eu à sa disposition qu'une action personnelle ; il n'a cessé par conséquent d'être obligé de respecter les charges réelles consenties par le donataire.

Ce système dont M. Maynz³ est le principal représentant se ramène dans sa partie essentielle au raisonnement suivant : la propriété a toujours été pour les Romains « un droit absolu et exclusif existant dans le chef du propriétaire, abstraction

1. 30. 35. § 3 ; 37. § 1. 39. D. de mortis causa don. 39. 6.

2. On en trouvera l'exposé complet dans le livre de M. Appleton, *Histoire de la propriété Prétorienne et de l'action Publicienne*. Paris, Thorin, 1889, 2 vol. in-8. M. Appleton consacre à l'étude de cette question les chapitres xxiii, xxiv, xxv, xxvi du tome second de son ouvrage, de la page 410 à la page 308. Le chapitre 24 traite spécialement de l'effet de la condition résolutoire dans les donations à cause de mort.

3. Maynz, *Cours de droit romain*, 4^e éd., § 94, n° 3, et observations, § 249.

faite de tout autre individu et dépendant uniquement de la sanction et de la garantie de la nation. » Elle ne peut être affectée que par les droits réels reconnus par le législateur. Or l'effet résolutoire de la condition apposée par les parties à la donation n'a été nulle part consacré par le droit romain. « Pour admettre une dérogation aussi violente aux principes qui ont régi la société romaine pendant plus de 12 siècles, il faudrait des textes précis, formels et indubitables... Quelques décisions isolées en matière de donation ne sont point assez concluantes pour autoriser la théorie d'après laquelle il dépendrait de la volonté d'un particulier de donner au droit de propriété un caractère résoluble ¹ ».

Le grave défaut de ce système est précisément de ne tenir aucun compte des textes qui, en matière de donation, donnent expressément ² au donateur une action *in rem* et de les écarter par une simple fin de non-recevoir, sans en donner une explication satisfaisante.

2^o Un second système, en honneur surtout dans l'école allemande ³, n'est pas moins absolu que le précédent. Dans cette théorie la propriété de la chose donnée, à toutes les époques de l'histoire du droit romain, est revenue au donateur à cause de mort, de plein droit, libre de toutes les charges consenties par le donataire, en vertu de l'effet de la condition résolutoire du prédécès de ce donataire.

Ce système, à l'époque de Justinien où nous nous plaçons dans cette étude, se confond dans ses résultats avec le troisième système dont nous allons parler tout à l'heure.

Il a l'inconvénient pour motiver le retour de la propriété au donateur de se subdiviser en une foule de systèmes secondaires « qui sont ou d'une subtilité inconciliable avec la simplicité du génie romain ou d'une obscurité qui en rend l'analyse très difficile ⁴ ». En outre, pour expliquer les textes

1. Maynz, *loc. cit.*, § 249.

2. Par exemple la loi 29. D. 39. 6.

3. Unger, *System. des Osterr-Privatrechts*, t. II, pp. 64, 65, 82. Thibaut, *Archiv. für civ. Prax* XVI, p. 387. — Köppen, *Der obligatorische Vertrag*, p. 53 — De Vangerow, *Pand.*, I, 96. — Fitting, *Zeitschrift f. Handelsrecht* II, p. 260, note. — Ihering, *Jahrbuch f. Dogmatik*, p. 549. Cités par M. Appleton, *loc. cit.*, t. II, pp. 116 et suiv.

4. Appleton, *loc. cit.*, p. 117. Presque chacun des auteurs allemands que nous avons cités a proposé une explication différente.

qui ne donnent au donateur qu'une action personnelle¹ pour redemander la chose donnée, il est obligé de supposer « que le donateur, au lieu de conférer une propriété résoluble, pourrait avoir seulement voulu que l'acquéreur fût obligé de la lui retransférer² ».

3° Le troisième système, qui est le plus généralement adopté en France, repose sur une distinction historique³. Dans l'ancien droit et à l'époque classique, on posait comme principe général que la propriété s'acquerrait toujours d'une manière absolue, le droit de propriété ne pouvant être limité dans sa durée. Dès lors, la caducité de la donation n'empêchait pas le donataire ou ses héritiers de rester propriétaires et l'on accordait seulement une action personnelle au donateur pour se faire retransférer la propriété⁴. Cette action était la *condictio causa data causa non secuta*. Cependant quelques jurisconsultes, notamment Marcellus, avaient admis une dérogation au caractère absolu de la propriété dans la vente avec *addictio in diem* et proposé que, dans le cas où la propriété serait transférée sous condition résolutoire, l'arrivée de la condition permît à l'ancien propriétaire de recouvrer *ipso jure* son droit et d'employer au besoin, pour cela, la revendication. Ulpien suivit la doctrine de Marcellus et l'étendit même, quoiqu'avec une certaine timidité, aux donations à cause de mort sous condition résolutoire, comme le prouve la loi 29. D. *de mort. causa. donat.* 39. 6... *Si vero (quis donavit) sic, ut jam nunc haberet (cui donatum est); redderet, si convalesceret, vel de prælio, vel peregre rediisset: potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset: interim autem ei cui donatum est. Sed si morte præventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.*

Cette innovation s'introduisit lentement dans la jurisprudence en gagnant sans cesse du terrain, et ce qui était l'o-

1. 35. § 3. 39. D. *de mort. causa don.* 39. 6 — 4. D. *de don. inter virum et uxorem.* 24. I. — 38. § 3. D. *de usuris et fruct.* 22. 1.

2. Appleton, *loc. cit.*, p. 116.

3. Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, 2^e éd. Paris, 1853, pp. 279-285. M. Bufnoir, *Théorie de la condition en droit romain*. Paris, 1866, p. 136. — M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*. Paris, 1870, p. 142. — Ortolan, *Explication historique des Institutes*. Paris, 1857, t. II, n° 516. — Accarias, *Précis de droit romain*. Paris, 1886, t. I, n° 308.

4. M. Glasson, *loc. cit.*, p. 143, § 105.

pinion d'un jurisconsulte devint, sous Justinien, une règle adoptée par tous. « Il y a une preuve indubitable du changement subi par la législation romaine en cette matière. Il suffit de rapprocher le § 283 des *Fragmenta Vaticana* et la constitution *de donationibus quæ sub modo* C. 8. 55. Ces deux textes rapportent la même constitution des mêmes empereurs et pourtant ils disent absolument le contraire. L'un affirme que *ad tempus proprietas transferri nequit* ; l'autre déclare qu'on peut transférer la propriété *ad tempus*. Il est de la dernière évidence que la constitution des empereurs a subi un complet remaniement en passant dans le recueil de Justinien ; on lui a fait dire le contraire de ce qu'elle portait à l'origine ¹ ». C'est donc bien que, dans le droit de Justinien, la condition résolutoire a pour effet de faire revenir de plein droit la propriété à l'ancien propriétaire, et, plus particulièrement en notre espèce, de permettre au donateur *mortis causa*, lors du décès du donataire, de reprendre par la revendication la chose donnée libre de toutes charges imposées par le donataire.

En dehors des deux textes que nous avons cités ² et qui nous intéressent, puisqu'ils sont les deux principaux arguments de cette théorie dans la matière des donations à cause de mort, les partisans de ce système invoquent encore un certain nombre des textes ³ empruntés à d'autres matières et qui semblent établir que sous Justinien la propriété peut être transférée *ad tempus*.

Quant aux textes s'appliquant aux donations à cause de mort qui ne parlent, au profit du donateur, dans le cas de caducité de la donation que de la *condictio* ⁴, on explique, dans ce système, leur maintien au Digeste « tantôt par inadvertance, tantôt précisément sous l'influence de cette idée que l'action réelle n'exclut pourtant pas l'action personnelle ⁵ ».

4^o Un quatrième système a été proposé par M. Appleton ⁶.

1. M. Glanville, *loc. cit.*, note 1, *in fine*.

2. 29. D. 39. 6. — 2. C. 8. 55, rapprochés du § 283, *Frag. Vaticana*.

3. Const. 26. C. *de legatis*, 6. 37. — 41. D. *de rei vindicatione*, 6. 1. — 4. § 3. D. *de in diem additione*, 18. 2. — 3. D. *quibus modis pignus solvitur*, 20. 6.

4. 35. § 3. 39. D. 39. 6. 4. D. 24. 1; 38. § 3. D. 22. 1.

5. M. Glanville, *loc. cit.*

6. *Histoire de la propriété Prétorienne et de l'action Publicienne. loc. cit.* L'idée première de ce système appartient à Schulin, *Resolutivbedingung und Endtermin*. Marburg, 1875.

Il ressemble dans une certaine mesure au premier système, car il admet qu'à aucune époque, pas plus dans les théories proposées par Ulpien que dans le droit consacré par Justinien, la propriété quiritaire n'a pu être transférée *ad tempus*, que par suite la condition résolutoire n'a jamais eu pour effet de faire revenir de plein droit la propriété de l'objet donné au donateur *mortis causa*.

Nous ne suivrons M. Appleton que dans l'étude des arguments empruntés à la matière de la donation à cause de mort.

Il fait à la théorie précédente,¹ qui attribue à Ulpien le renversement de l'ancienne maxime *proprietas ad tempus transferri non potest*, un double reproche :

D'une part, on impute à Ulpien une tentative révolutionnaire, le renversement d'un principe fondamental de droit romain et cela presque inconsciemment. « Ainsi, dit M. Appleton, depuis l'ancien droit romain jusqu'à Dioclétien, depuis Dioclétien jusqu'à Justinien et même après cet empereur, on voit tantôt poser d'une manière indirecte, tantôt proclamer expressément comme un principe fondamental la vieille règle : *proprietas ad tempus transferri nequit*... Contre une idée aussi fondamentale, Ulpien seul ou presque seul aurait levé l'étendard de la révolte... Il s'est trouvé un jurisconsulte, un homme pour qui le droit était une religion et qui, dans son magnifique langage, s'appelle lui-même prêtre de cette religion, et ce jurisconsulte n'a pas craint de porter une main hardie, nous allions dire sacrilège, sur cette grande institution, le *dominium ex jure Quiritum*... Et cela d'un trait de plume, sans s'y arrêter, sans paraître se douter que sa solution fut une révolution dans le droit : *potest defendi... quis dabit*¹. »

D'autre part, « on met à la charge du grand jurisconsulte une autre témérité encore : la méconnaissance d'une règle élémentaire du droit romain et du bon sens ² ».

On sait qu'il existe incompatibilité absolue entre la *rei vindicatio* et la *condictio*³. Or la loi 29. D. de don. c. m. 39. 6.

1. M. Appleton, *loc. cit.*, pp. 169-170.

2. *Id.*, p. 172.

3. Institutes. IV. 6. § 14. Gaius, IV, 4.

ne semble nullement exclure l'action personnelle, mais Ulprien paraît bien plutôt faire remarquer que, sans préjudice de la *condictio*, une action réelle pourrait être donnée au donateur. D'ailleurs la loi 30 (*eod. tit.*) lui attribue positivement le choix entre la *condictio* et l'*utilis actio* dans le cas où il entend révoquer sa donation. Or, dans le système précédent, où l'on fait revenir de plein droit la propriété au donateur, on voit dans cette *utilis actio* la revendication même ¹. Il en résulterait qu'Ulprien accorderait à la fois la revendication et la *condictio* ².

Enfin M. Appleton repousse l'argument qu'on veut tirer de la comparaison entre le paragraphe 283 des *Fragmenta Vaticana* et la loi 2. C. *de donat quæ sub modo*. 8. 55. Nous avons dit qu'on raisonnait ainsi : « Ces deux textes renferment le même rescrit, seulement il se retrouve aux *Fragmenta Vaticana* dans sa pureté originelle, tandis que les compilateurs du Code ne l'y ont inséré qu'en changeant complètement le sens primitif : au lieu de *donatio inrita est, cum proprietas ad tempus transferri nequiverit*, ils ont mis *donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest*. Ainsi Dioclétien disait : la donation est nulle, car la propriété n'a pu être transférée pour un temps, et Justinien lui fait dire : la donation est valable, car elle peut se faire même pour un temps certain ou incertain. »

« Ce raisonnement serait difficile à réfuter si le fragment du Vatican contenait vraiment le mot *tempus* ³. Malheureusement le manuscrit dit positivement *ad te* et non pas *ad tempus*, et pour corriger le texte il faut supposer que l'auteur du fragment a omis les quatre dernières lettres du mot ⁴. »

Après avoir écarté ainsi comme effet de la condition réso-

1. Cependant M. Bufnoir, *loc. cit.*, p. 488. Savigny, t. IV, p. 259, § 171, voient dans l'*utilis actio* de la loi 30 l'*actio præscriptis verbis*.

2. M. Appleton, p. 173.

3. *Frag. Vat.* § 283, idem Aurelio Carrenoni. Si stipendiorum (prædiorum) proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum *ad te* (mpus) proprietas transferri nequiverit. Si vero usumfructum in eam contra quam supplicas contulisti, usumfructum a proprietate alienare non potuisti. — 2. C. *de don. quæ sub modo*. 8. 55. Imp. Dioclet et Maxim. AA et CC. Zenoni. Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus qui accipit ad te rediret donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quæ ei imposita est, conservanda.

4. M. Appleton, *loc. cit.*, p. 179.

lutoire le retour de plein droit de la propriété au donateur *mortis causa* et la revendication qui en découlait, M. Appleton propose pour donner satisfaction aux textes ¹ qui assument très certainement à ce donateur une action *in rem* de décider que cette action est la *Publicienne*.

Avec la Publicienne, dit-il, toute difficulté disparaît. « Le donataire a la Publicienne tant que la condition résolutoire n'est pas arrivée, car il a un juste titre, la donation; mais dès qu'elle est révoquée, plus de juste titre, partant plus de Publicienne. Dès lors, il est tout naturel que le donateur la recouvre : la fiction de la formule lui permettra en effet d'intenter avec succès cette action ². »

En même temps, la Publicienne répond à la lettre même des textes. Elle explique pourquoi, dans la loi 29. D. 39. 6. Ulpien, après avoir parlé au début de la *reivindicatio* (*rem vindicare*), emploie les expressions *in rem actio*, ce qui ne se comprendrait point s'il s'agissait toujours de la revendication, pourquoi dans la loi 30 il qualifie l'action *in rem* d'*utilis*, épithète qui ne convient pas à la revendication, qui s'applique parfaitement à la Publicienne, action réelle, et action utile, puisque c'est une action fictive.

En résumé, si, de ces quatre systèmes que nous venons de rappeler, nous repoussons les deux premiers, qui se concilient le plus difficilement avec les textes, nous arrivons aux deux solutions suivantes en apparence absolument opposées comme résultats : si la condition vient à défaillir, si le donataire précède ou si le donateur révoque la donation à cause de mort, ou bien, suivant le système généralement suivi en France, la propriété revient de plein droit au donateur qui a pour reprendre l'objet donné la revendication, ou bien, suivant M. Appleton, la propriété ne revient pas de plein droit au donateur qui a pour reprendre l'objet donné la Publicienne. Mais en réalité ces solutions sont moins différentes, comme résultat pratique, qu'elles ne paraissent. La Publicienne réussira en effet contre le donataire, contre ses créanciers chirographaires, contre tous ceux à qui il a conféré à titre gratuit un droit réel sur la chose donnée, même contre le créancier

1. 29. 30. D. 39. 6.

2. Appleton, p. 148.

hypothécaire à qui il a engagé cette chose; elle n'échouera que contre les acquéreurs à titre onéreux du donataire ¹.

II. — *Effets de la donation à cause de mort effectuée promittendo ou liberando.*

L'application des mêmes principes à ces donations est beaucoup moins compliquée. Si la promesse, la délégation ou la libération est faite sous condition suspensive, la survie du donataire donne seulement ouverture à ses droits.

Si au contraire les engagements du donateur sont immédiats et que la donation soit atteinte de caducité, le donateur jouira de la *condictio causa data, causa non secuta*, pour obtenir du donataire ou de ses héritiers sa libération dans le cas où il s'est obligé, la restitution de la créance qu'il a déléguée, la création d'une obligation égale à celle dont il a libéré le donataire. Sans doute la *condictio* ne fera pas renaître des droits qui n'existent plus, mais elle permettra au donateur d'en obtenir de nouveaux égaux aux anciens.

1. M. Appleton, p. 221

CHAPITRE VI

RÉVOCATION DES DONATIONS

La révocation des donations peut provenir, à l'époque de Justinien, de trois causes différentes : d'une cause générale à tous les contrats, d'une cause essentielle à certains types de donations révocables par nature, et enfin d'une cause exceptionnelle dérogeant au principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs ordinaires.

Nous n'insisterons pas sur les causes de révocation qui sont communes à la donation et aux autres contrats. Le droit de révocation peut être exercé par les créanciers dans l'action Paulienne contre la donation de leur débiteur qui préjudicie frauduleusement à leurs droits. L'acte étant une libéralité on se contente de la mauvaise foi du débiteur, sans exiger la participation du donataire à la fraude, sauf pour la dot, qui est, jusqu'à un certain point, considérée comme une disposition à titre onéreux et dans laquelle la mauvaise foi du mari ou même de la femme donataire doit s'ajouter à celle du donateur (25. §§ 1 et 2. D. 42. 8)¹. Le droit de révocation appartient encore, du moins *pro parte*, aux héritiers, qui ne recueillent pas la quarte Falcidie, contre la donation à cause de mort et aux réservataires contre toute donation inofficieuse.

Les causes de révocation *essentiell*es à certains types de donation ont déjà été signalées au cours de ce travail. Nous les rappellerons brièvement. La donation à cause de mort est soumise à deux causes de révocation : la survie et le repentir du donateur. Une seule de ces causes est véritablement de l'essence de la donation à cause de mort, la survie du dona-

1, Ch. I, sect. I, pp. 19-20.

teur; il faut et il suffit que cette cause de révocation se rencontre pour qu'il y ait donation à cause de mort. La survie du donateur peut du reste, et suivant les espèces, être envisagée d'une façon plus ou moins générale : ce peut être la survie du donateur à un événement : c'est toujours, au moins, la survie du donateur au donataire.

La seconde cause de révocation est naturelle à la donation à cause de mort, mais non point essentielle : le donateur peut s'interdire le droit de révoquer. Le texte des Institutes permettait encore de douter si la donation, ainsi soustraite à ce repentir du donateur, était bien une *donatio mortis causa* : *et in summâ mortis causa donatio est quum magis se quis velit habere quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum* (§ 1. I. 2. 7). En effet, le donateur qui s'interdit le droit de révoquer ne se préfère pas au donataire. Ce doute a disparu devant le texte formel de la Novelle 87 : *et si hoc fecerit donator licentiam habere renunciare etiam huic ipsi facultati, quâ possit pœnitere super talibus donationibus, revocare, et quosulique voluerit terminos inserere mortis causa donationibus* (pr. Nov. 87).

Nous avons examiné, à propos des effets des donations à cause de mort, les effets de la révocation ¹. Dans la donation *dando*, nous avons vu que, suivant la décision adoptée sur l'effet de la condition résolutoire, le donateur pouvait reprendre sa chose ou par la revendication ou seulement par la Publiçienne, qu'en tous cas il avait à sa disposition la *condictio*; que dans la donation *promittendo* ou *liberando*, atteinte de caducité, il jouissait d'une *condictio causa data, causa non secuta*, pour obtenir la constitution de nouveaux droits égaux à ceux qu'il avait perdus.

La révocation peut être expresse ou tacite. La révocation tacite résulte de tout acte qui implique de la part du donateur la volonté de retirer au donataire le bénéfice de la libéralité. On peut appliquer ici, par analogie, les règles que les jurisconsultes romains nous donnent sur la révocation tacite des legs ². Ainsi, bien que la vente de l'objet donné fasse en général présumer la révocation, il y a lieu néanmoins, sous

1. Chap. v, sect. v, pp. 122 et suiv.

2. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, § 99, p. 138.

Justinien de rechercher quelle a été exactement l'intention du donateur: *si rem suam legaverit testator*, disent les Institutes à propos des legs (§ 12. I. 2. 20), *posteaque eam alienavit, Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi, idemque divi Severus et Antoninus rescripserunt. Idem rescripserunt eum qui, post testamentum factum, prædia quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri; et ideo legatarium cum herede agere posse ut prædia a creditore luantur. Si vero qui partem rei legate alienaverit, pars quæ non est alienata, omnimodo debetur; pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.* Par contre, l'inimitié grave survenue entre le donateur et le donataire, la malédiction donnée par le donataire au donateur font présumer la révocation (3. § 11. D. 34. 4; 9. § 1. D. 34. 9).

La donation *sub modo* est également soumise à la révocation lorsque le donataire n'exécute pas le *modus*. Le donateur a le droit ou de poursuivre l'exécution du *modus* ou d'exercer le *jus pœnitendi*. Depuis Justinien, l'inexécution du *modus* est considérée comme un cas d'ingratitude (10. C. 8. 56). Le donateur, en cas de révocation, recouvre le bénéfice de la donation ou par une *condictio ex lege* non transmissible à ses héritiers, ou par une *vindicatio utilis* (1. C. 8. 55)¹, suivant qu'on admet ou qu'on repousse les conséquences de l'assimilation faite par Justinien entre l'inexécution des charges et l'ingratitude².

Enfin on peut rapprocher en pratique, au point de vue de la révocation, la donation entre époux, régulièrement insinuée ou inférieure à 500 solidi, de la donation révocable, surtout de la donation à cause de mort. Sans doute, jusqu'au décès du donateur la donation entre époux est radicalement nulle, tandis que la donation à cause de mort est valable; mais, en dernière analyse, les effets ne sont-ils pas les mêmes? Si l'époux donateur décède, sans changement de

1. Sur la nature de laquelle, nous l'avons vu, les auteurs ne sont pas d'accord.

2. Voir ci-dessus, *Effets des donations sub modo*, ch. v, sect. II, pp. 115 et suiv. Le fiancé, lorsque le mariage manque par le fait de la fiancée (ou dans l'hypothèse inverse la fiancée) a le droit de reprendre également les objets donnés par une *condictio* ou par l'*utilis actio in rem* (15. C. 5. 3).

volonté ni impossibilité de confirmer, la donation se trouve affirmée rétroactivement, au moins depuis Justinien; le donataire est alors dans la situation du donataire à cause de mort après le décès du donateur. Si, au contraire, l'époux donateur révoque la donation, la nullité est complète, la donation n'a jamais existé, mais le donataire n'est pas en plus mauvaise posture que le donataire à cause de mort, si le donateur révoque ¹.

Les mêmes principes, sur la révocation, s'appliquent à la donation faite par le père de famille à ses enfants *in potestate* (25. C. 5. 16). La révocation est au contraire une révocation *exceptionnelle* dans les donations entre vifs ordinaires par nature irrévocable.

Il faut toutefois s'entendre sur le sens que donnait Justinien à ce mot irrévocabilité. Le droit français, suivant en cela les influences coutumières, entend par là, d'une part l'impossibilité pour le donateur d'apposer à la donation, explicitement ou tacitement, non seulement une condition purement potestative, mais même une condition potestative, c'est-à-dire de faire dépendre la donation d'un événement qu'il est en son pouvoir de faire arriver ou d'empêcher²; d'autre part l'impossibilité pour le donateur de révoquer une donation à laquelle il n'a pas mis de condition.

Les Romains ne connaissaient point le premier sens donné à l'irrévocabilité des donations³. Sans doute, la donation faite sous condition *purement* potestative, *si volam*, de la part du donateur était nulle comme tout contrat (8. D. 44. 7). Mais le donateur pouvait imposer à la donation toute condition potestative dépendant par conséquent et de sa volonté et d'un événement qu'il était en son pouvoir de faire arriver ou d'empêcher.

Ainsi, quand nous parlons de l'irrévocabilité des donations à Rome, c'est dans le deuxième sens qu'il faut prendre ce

1. Il ne faut pas oublier toutefois que, si le donateur à cause de mort a transféré la propriété de son vivant au donataire, malgré la révocation, il n'a à sa disposition, dans la théorie de M. Appleton, que la Publicienne.

2. C'est l'interprétation de l'art. 944 du Code civil qui, historiquement, paraît la seule justifiée. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. III, § 418.

3. Voir les développements déjà donnés au ch. I, sect. III, *Conditions des donations*, pp. 30 et suiv.

mot et nous voulons dire par là que la donation entre vifs à laquelle le donateur n'a imposé aucune condition est désormais soustraite à tout retour de sa part et, sauf exception sous-entendue ou imposée par la loi, irrévocable.

Le principe de l'irrévocabilité ainsi entendu semble même avoir été absolu dans le droit classique. Sénèque le philosophe le constate en ces termes : *nostri majores, maxime scilicet viri, ab hostibus tantum res repetierunt : beneficia magno animo dabant, magno perdebant. Excepta Medorum gente, non est in ullâ data adversus ingratum actio... Rationes autem multæ mihi occurrunt, propter quas crimen hoc in legem cadere non debeat. Primum omnium, pars optima beneficii perit, si actio, sicut certæ pecuniæ, aut ex conducto et locato, datur. Hoc enim in illo speciosissimum est, quod dedimus vel perdituri : quod totum permisimus accipientum arbitrio*¹.

On trouve, il est vrai, un texte de Papinien (31. § 1, *in fine*. D. de donat. 39. 5) qui suppose qu'une mère peut être autorisée à révoquer la donation qu'elle a faite à sa fille quand elle a été offensée par elle. Mais ce texte existe dans les fragments du Vatican, au paragraphe 254, précisément sans la phrase qui autorise la révocation. Cette phrase est donc une addition des compilateurs de Justinien.

Il faut arriver à l'empereur Philippe, en 250, cinquante ans environ après Papinien pour constater une dérogation certaine au principe de l'irrévocabilité. Philippe permet au patron de révoquer la donation qu'il a faite à son affranchi (1. C. 8. 56). Le patron jouit librement et sans contrôle de cette faculté de révocation, les mots *tamen si ingratus sit* ont été en effet ajoutés par Justinien, ainsi que le montre la comparaison du paragraphe 272 des *Fragmenta Vaticana*, avec la loi 1. C. 8. 56. Avec la constitution de l'empereur Philippe la théorie de la révocation s'introduit donc dans le droit; cette théorie va peu à peu se préciser.

En 355, naît l'idée de la révocation pour *survenance d'enfant* (8. C. 8. 56). La donation faite à l'affranchi par un patron sans enfants est révoquée s'il naît un enfant au do-

1. Sénèque, *De benef.* lib. III, §§ 6, 7 et suiv.

nateur. Il faut et il suffit que le donateur n'ait pas d'enfant lors de la donation et qu'il lui en naisse un ensuite. L'idée de la révocation pour survenance d'enfant reste d'ailleurs confinée dans les rapports entre patron et affranchi.

La loi 8 s'est fort peu expliquée sur les conditions d'exercice de cette révocation. Il semble qu'elle opère de plein droit. Le texte porte en effet : *totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum*, tandis que le texte qui constatait auparavant le droit général de révocation du patron supposait la manifestation de la volonté de révoquer : *omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda est* (1. C. 8. 56).

Elle fait disparaître rétroactivement les droits consentis par le donataire. Le donateur reprend en effet *totum quidquid largitus fuerat*.

Elle est transmissible aux héritiers du donateur ; du moment en effet où elle opère de plein droit, elle est indépendante de toute manifestation de volonté et de tout commencement d'action par le donateur.

Ajoutons que la loi *si unquam*, en organisant le droit de révocation pour survenance d'enfant au profit du patron, suppose par le fait même qu'il a perdu son droit arbitraire de révocation.

En 349 apparaît l'idée de révocation pour ingratitude, idée qui était sans doute comprise dans l'ancien droit de révocation du patron, mais qui n'en avait pas été dégagée par les textes. Cette révocation est d'abord restreinte aux donations faites par le père (2. C. Th. 8. 13) et par la mère non remariée et de conduite honorable (1. C. Th. 8. 13 ; 7. C. 8. 56). Le droit de révocation de la mère ne porte d'abord que sur la moitié de la donation, puis sur la totalité (4. C. Th. 8. 13). Plus tard, en 430, le droit de révocation est étendu aux ascendants (9. C. 8. 56).

Justinien complète sur deux points la théorie de la révocation (10. C. 8. 56, anno 530).

1° Il énumère limitativement les cas d'ingratitude. Ces cas sont au nombre de cinq : injure grave contre le donateur, coups, perte importante causée par machinations à sa fortune, entreprises contre sa vie, inexécution des charges (10.

C. 8. 56). Ces cas sont réduits à trois pour la mère remariée : embuches contre sa vie, coups sur sa personne, machinations ayant pour but de lui faire perdre sa fortune (Nov. 22. cap. 35).

On voit que, dans les cas d'ingratitude, Justinien comprend l'inexécution des charges. Nous avons déjà fait remarquer ce qu'il y avait d'inexact dans cette classification¹. Peut-être peut-on essayer d'excuser l'empereur par une distinction : l'inexécution des charges par impossibilité ou par négligence constituerait, comme autrefois, une simple cause de révocation, l'inexécution des charges lorsqu'elle serait volontaire, et aurait un caractère injurieux, donnerait lieu à la révocation pour ingratitude. Cette distinction expliquerait la coexistence au Code des règles anciennes et des règles nouvelles sur la *donatio sub modo* (C. 8. 55, et 10. C. 8. 56). L'idée de cette distinction se trouve déjà exprimée en ces termes, par Ricard : « pour donner lieu à cette espèce d'ingratitude il ne suffit pas qu'il s'y rencontre une simple négligence du donataire à exécuter ce qu'il avait promis, mais il faut qu'il s'y voye une contumace affectée, et une demeure obstinée contre les sommations que lui aura faites le donateur de ce à quoi il s'était volontairement obligé ; car la négligence peut bien causer le soupçon de quelque léger mépris ; mais elle ne porte pas le crime d'ingratitude au point que notre loi le requiert pour donner lieu à la révocation : *quas donationis acceptor minime implere voluerit* ² ».

La révocation pour ingratitude n'opère pas de plein droit. La valeur des causes d'ingratitude invoquées doit être appréciée par le juge.

Elle s'exerce par une action personnelle, une *condictio ex lege*, qui laisse par conséquent subsister les droits établis par le donataire sur la chose donnée.

Elle n'est pas transmissible aux héritiers du donateur qui ne peuvent que continuer l'action intentée par leur auteur.

La révocation pour ingratitude ne s'applique pas aux donations à cause de mort. Elle est en effet inutile dans ces donations où le donateur jouit du droit de révoquer sans

1. Ch. v, section II, *Effets des donations sub modo*, pp. 115 et suiv.

2. Ricard, *Traité des donations*, 3^{me} partie, ch. 6, sect. 2, n° 699.

faire connaître ses motifs : qui peut le plus, peut le moins. La raison même de cette exception nous en donne la limite. Le donateur à cause de mort qui a renoncé au droit de révocation se trouve dans la même situation que le donateur entre vifs ; c'est donc justice de le faire bénéficier de la révocation pour ingratitude et de la révocation pour survenance d'enfant dans le cas exceptionnel où cette dernière est admise.

Ainsi les trois causes de révocation des donations entre vifs admises par notre droit actuel ¹ existent déjà dans le droit de Justinien. La révocation pour survenance d'enfant n'a encore qu'un développement très imparfait, elle n'existe qu'entre patron et affranchi. La révocation pour ingratitude est complètement organisée². La révocation pour inexécution des charges, après avoir été organisée sur les mêmes bases que dans notre droit moderne, avec action réelle au profit du donateur et transmission du droit de révocation à ses héritiers, s'est, au contraire éloignée, ou du moins paraît s'être éloignée, sous Justinien, des règles du Code Civil, par suite d'une confusion peu juridique avec la révocation pour ingratitude.

1. Code Civil, art. 953.

2. Les causes de révocation pour ingratitude ne sont pas tout à fait les mêmes dans le droit de Justinien que dans le droit français. 10. C. 8. 56 ; C. c. art. 955.

DEUXIÈME PARTIE

LES DONATIONS DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT

CHAPITRE PREMIER

DE L'USAGE DES DONATIONS DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT ¹

Quand on parcourt les cartulaires² du midi de la France, on est de suite frappé du nombre des donations mentionnées. On peut faire la même remarque en lisant les recueils de formules. Le *Recueil général des formules* de M. de Rozière contient notamment 128 formules ayant trait aux donations³.

Nous sommes bien loin, on le voit, de la répugnance manifestée par les Romains pour la donation. A la phrase de Polybe : *quā in Urbe nemo quidquam sponte alteri de suo donat*³, doit être substituée la remarque que fait Bracton

1. Nous suivrons, pour la division de la France en pays de Droit Écrit et pays coutumiers, les limites tracées par Klimrath, *Étude sur les coutumes avec une carte de la France coutumière*. D'une façon générale, nous pouvons dire que notre étude portera sur l'histoire des donations dans les pays situés au sud de la Loire.

2. Par exemple les Cartulaires de Saint-Victor de Marseille, de Lérins, de l'église cathédrale de Grenoble; de l'abbaye de Savigny et d'Ainay, à Lyon; de Beaulieu en Limousin; de Cluny; de Nîmes, etc. On trouve aussi de nombreuses chartes de donation dans les preuves de l'*Histoire générale du Languedoc* de Dom Vaissette.

3. Eugène de Rozière, *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs*. Voici le détail de ces formules : Donationes regum : formules CXXXVIII à CXLVI, cum immunitate CXLVII à CL. confirmaciones CLI à CLVIII. Donationes privatorum CLIX à CLXV. Donationes parentum in filios CLXVI à CLXXIV. Prologi donationum ad loca sanctorum CLXXV et CXCH. Donationes ad loca sanctorum CXCI à CCXI. Donationes post obitum CCXII à CCXVIII. Libelli dotis CCXIX à CCXL. Cartæ compositionales CCXLI à CCXLIV. Donationes inter virum et uxorem CCXLV à CCLIV. Traditiones CCLV à CCLVIII. Il y a lieu d'ajouter les formules de *gesta* qui s'appliquent, pour la plupart, aux donations ou aux dots aussi bien qu'aux testaments. CCLIX à CCLX. CCLXII à CCLXVI.

4. Polybe, XXXII, 12, trad. latine. *Scriptorum Græcorum bibliotheca*.

au ^{xiii}^e siècle : *quoniam inter alias causas acquisitionis, magna celebris et famosa est causa donationis... Per eam magis acquiritur et sæpius quam per aliam*¹.

A quoi faut-il attribuer ce changement dans les mœurs favorables aux donations ?

1° La race y est sans doute pour quelque chose. Les barbares qui ont peuplé et envahi la Gaule étaient peut-être par tempérament plus disposés aux libéralités que les Romains.

2° L'influence religieuse a aussi sa part dans cette évolution. Le christianisme fait de la charité la première des vertus et la donation est l'exercice naturel de la charité. On peut retrouver la trace de cette influence même dans le droit romain, en suivant les développements de la législation des personnes morales constituées dans un but de religion ou de bienfaisance. Le Digeste contient des renseignements sur la capacité, en matière de donation, de la République et des cités ; il parle de la capacité des temples et des collèges de prêtres, il ne s'occupe point de la capacité des établissements de bienfaisance². Le Code, au contraire, et surtout les Nouvelles, s'étendent complaisamment sur les dons faits aux églises, aux monastères, aux hospices, aux orphelinats. Il suffit, pour s'en convaincre, de relire les titres 2 et 3 du livre I du Code de Justinien et les Nouvelles 7, 65, 67, 120, 131, etc. La capacité de recevoir de toutes ces personnes morales est constatée à plusieurs reprises³, l'administration de leur patrimoine est assurée, l'inaliénabilité en est garantie. Il y a plus, la forme des donations est simplifiée à leur profit : une dispense d'insinuation, ou complète ou plus étendue, favorise les libéralités *in causas piissimas* ou simple-

1. Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliæ*, lib. II. c. v. n° 1, fol. 41.

2. M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, n° 487, p. 476. « Quant aux personnes morales de la seconde catégorie (personnifiant un intérêt général permanent), autrefois elles comprenaient notamment certains dieux et temples (Ulp. 22. § 6. 20. § 1.D. 33. 1). Sous le Bas-Empire, elles comprirent les églises, les monastères, les hôpitaux, les orphelinats et les nombreux établissements de bienfaisance qui furent créés sous la double influence du christianisme et de la misère, de jour en jour croissante.

3. Voir 1^{re} partie, pages 64 et suiv., ch. II, sect. III, § 4.

« Peu à peu le contrôle de l'autorité civile se relâcha vis-à-vis de ces *venerabiles loci* et Justinien finit par admettre qu'ils pourraient être créés sans autorisation législative spéciale et avec le seul consentement des évêques ». (Nov. 67 et 131, ch. 7 et 41. Théodore Tissier. *Etude sur les dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique dans le droit ancien. Nouvelle Revue historique de droit*, t. XV, 1891, p. 531.)

ment *in causas pias*¹. Cette organisation, cette législation minutieuse, cette faveur dont sont entourées les donations envers les personnes morales, religieuses ou de bienfaisance est bien l'indice d'un accroissement continu de leur patrimoine par une pratique de plus en plus fréquente de la donation. Quant à l'influence même de l'idée religieuse dans ce développement des libéralités, elle est évidente, non seulement pour les fondations en faveur de l'Église ou des monastères, mais même pour les donations en faveur des pauvres et des malades, des orphelins ou des captifs, puisque l'Église, en la personne de l'évêque, est considérée par l'État lui-même comme la tutrice naturelle de tous ces misérables et la gardienne des biens destinés à les soulager (Nov. 123. ch. 23).

L'influence religieuse se fait sentir, plus directement encore, sur les donations, dans les siècles croyants du moyen-âge. M. Giraud a résumé ainsi les principaux motifs qui guident les donateurs : « les donations furent motivées sur la terreur de la fin prochaine du monde (*mundi termino appropinquante, intonante jam per universum mundum evangelicâ tubâ.*) (On retrouve ces formules après l'an 1000 comme avant.)

« D'autres eurent pour cause le précepte évangélique de l'aumône; et de cette nécessité de donner pour racheter les fautes, les terres concédées prirent le nom d'*eleemosyna*, d'où l'on fit le nom de *fief-aumôné*, de *franche-aumône*. Un grand nombre de donations étaient faites aussi par des malades persuadés que leurs maux étaient un châtiment rachetable (*ego castigatus flagello divino decucurri in magnâ ægritudine*) et que leurs libéralités leur rendraient la santé. On trouve des donations faites pour guérir du mal aux yeux, d'autres pour action de grâce d'une autre guérison. D'autres sont imposées en pénitence ou provoquées par les exhortations des évêques : *suadente episcopo*, ou bien par leurs prédications : *omnes eleemosynæ amatores et benefactores æternâ benedictione et episcopali absolutione sublimavit*².

1. Les donations *in causas pias* ne sont plus privilégiées à partir de 531, le maximum pour la dispense d'insinuation étant reporté à 500 solidi.

2. Ch. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge*, t. I, p. 385. Paris, Videcoq, 1846, 2 vol. in-8.

Ces motifs sont bien ceux qui inspirent une foule de donations dans les pays de Droit Écrit. C'est par centaines qu'on compte, dans les cartulaires, les libéralités qui commencent par ces mots ou d'autres analogues : *In nomine Domini... nos simul audientes scripturam dicentem mundum transire, ut pro terrenis, quæ ad tempus videmur possidere mereamur celestia, donamus Deo, etc.*¹.

L'usage fréquent des donations entre laïcs est plus difficile à constater. Nos sources pour les pays de Droit Écrit sont bien moins riches en chartes constatant les conventions des particuliers. On peut, en effet, généraliser ce que M. Desjardins dit à propos des exemples de révocation des donations : « La plupart sont pris à l'histoire ecclésiastique, intéressent l'église ou les monastères... Les prêtres et les moines gardaient le souvenir de leurs bienfaiteurs comme de ceux qui les avaient dépouillés ; ils comprenaient mieux que les laïcs l'utilité des confirmations² ». Ils comprenaient mieux aussi l'utilité de la conservation des actes de donation qui constituaient leurs titres.

Les formulaires, il est vrai, nous fournissent de nombreux exemples de donations entre laïcs. Le *Recueil général des formules* de M. de Rozière contient des formules de donations répondant à tous les sentiments généreux du cœur de l'homme et à tous les états de sa vie³. Mais les formulaires ne peuvent nous apporter qu'une preuve très accessoire pour nos constatations dans les pays de Droit Écrit. Les principaux recueils de formules ont en effet été rédigés dans le centre de la France plutôt que dans le Midi : formules angevines, formules d'Auvergne, formules tourangelles, formules de Marculf dédiées à un évêque de Paris ou de Meaux. M. de Rozière a donné, il est vrai, un recueil de *formules Wisigothiques* qui semble bien prouver que les donations entre laïcs étaient fréquentes dans l'empire des Wisigoths. Sur 46 textes contenus dans ce recueil, onze, à peu près le quart,

1. Anno 1014, *Cartulaire de Saint-Victor*, n° 43, *Cartulaire de Savigny*, n° 1. — *Cartulaire de Grenoble*, A. n° 18. — *Cartulaire de Beaulieu*, n° 29, etc.

2. M. Desjardins, *Recherches sur l'origine de la règle « donner et retenir ne vaut »*. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXIII, p. 323.

3. Eugène de Rozière, *Recueil général des formules*, etc. Donations privatorum CLIX à CLXV ; Donationes parentum in filios CLXVI à CLXXIV ; donationes post obitum CCXVI ; Libelli dotis CCXIX à CCXL ; cartæ compositionales CCXL à CCLIV ; Donationes inter virum et uxorem CCXLV à CCLIV.

sont des formules de donations entre laïcs ¹. Les recueils de formules ont d'ailleurs forcément cet inconvénient de fournir les spécimens d'une foule d'actes, sans faire connaître si ces actes étaient d'un usage plus ou moins répandu. Ainsi les formulaires du notariat contiennent aujourd'hui des formules d'antichrèse alors que ce contrat, dans la pratique, est devenu extrêmement rare.

Nous croyons néanmoins qu'on peut affirmer, sans crainte de se tromper, que les donations étaient d'un usage fréquent, même entre laïcs. Les documents fournis par les histoires locales nous en donnent une preuve très suffisante ².

3° Une troisièmecause, l'état social, tendait en effet à favoriser toutes espèces de donations. Les donations sont nombreuses « dans les temps et dans les pays où règne une grande inégalité. Y aurait-il des donations entre vifs, si toutes les fortunes étaient égales? Un grand nombre de personnes attendent alors tout de la libéralité. Ceux auxquels des services sont rendus ne peuvent s'empêcher de les reconnaître; ils hésitent d'autant moins qu'ils ne se sentent pas appauvris, parce qu'ils diminuent un peu une fortune considérable. Plus on avance dans le moyen-âge, plus la donation se répand. Il se produit alors un phénomène juridique assez curieux, un grand nombre de contrats onéreux, en réalité, prennent la forme et le nom d'une donation ³ ».

1. De Rozière, *Formules wisigothiques inédites publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque de Madrid*. Le recueil des formules wisigothiques édité par M. de Rozière comprend 46 textes : 16, plus du tiers, sont des formules de donations, dont 5 à des églises ou monastères et 11 à des laïcs. Le chiffre des onze formules de donations à des laïcs se décompose en 8 donations concernant le mariage, donations *ante nuptias*, dot, donations entre époux, n^{os} XIV. XV. XVI. XVII. XVIII. XIX. XX, XXIII; une donation aux enfants, n^o XXIX; deux donations à des étrangers, n^o XXX, XXXI. Bien que le manuscrit original soit de source espagnole, il est intéressant à consulter pour les pays de Droit Ecrit, les Wisigoths ayant dominé pendant longtemps le midi, de la Méditerranée à l'Océan. « Les formules wisigothiques, dit M. de Rozière, appartiennent à l'époque où les vainqueurs et les vaincus formaient encore deux peuples distincts », elles sont donc antérieures au règne de Reccesuinth (672).

2. On peut consulter, sur ce point, pour les pays de Droit Ecrit les preuves annexées à l'*Histoire générale du Languedoc* de Dom Vaissette. Les preuves sont à la fin de chaque volume. Paris, Vincent, 1730, 5 vol. in-folio; à l'*Histoire du Dauphiné*, par de Valbonays. Genève, Fabri et Barillot, 1721, 2 vol. in-fol. La table des titres servant de preuve est en tête du 1^{er} volume; à l'*Histoire de Bresse et du Bugey*, par Guichenon. Lyon. 1650, un vol. in-fol. Les preuves forment la 4^e partie, etc.

3. M. Desjardins, *loc. cit.*, p. 321. — M. de Rozière fait remarquer qu'on rencontre assez souvent des actes qualifiés à la fois vente et donation, soit parce qu'ils participent en réalité de la nature de ces deux contrats, soit parce que les vendeurs, en traitant avec l'Eglise, voulaient donner à leur marché l'apparence d'une pure libéralité. De Rozière, *Recueil général des formules*, t. I, p. 246, formule CCV, note a.

Ainsi la constitution du fief a, dans beaucoup de cas, les apparences extérieures d'une donation, bien qu'au fond les parties poursuivent leur intérêt réciproque : le mot même qui désigne le fief, dès l'origine et pendant longtemps, marque ce caractère : « *beneficium quod vulgo dicitur feudum*¹ ». Ici c'est un seigneur qui donne une terre à une personne dont il veut s'assurer les services militaires ; là au contraire c'est le propriétaire d'un alleu qui abandonne son bien, par la recommandation, entre les mains d'un seigneur plus puissant, afin d'obtenir protection. Dans les deux cas, c'est une donation intéressée. Parfois aux apparences correspond la réalité : la constitution du fief est une pure et entière libéralité, « le fief n'est plus autre chose qu'un pauvre misérable ; on lui a constitué par pitié, *pro misericordia*, une petite rente, on pourrait appeler ce fief le *fief aumône*² ».

Le ³ précaire se combine aussi avec la donation. M. Viollet résume ainsi le but et les effets de cette combinaison juridique⁴ : « un propriétaire gêné voudrait augmenter son revenu : comment s'y prendra-t-il ? Il s'adressera à l'Église, lui donnera son bien. Après quoi il reprendra en précaire ce même bien auquel l'Église ajoutera d'autres biens, addition calculée de telle sorte que le précariste doit recevoir en précaire deux fois plus qu'il n'apporte⁵. Il exploitera en outre, dans des conditions meilleures parce qu'il profitera des diverses exemptions et immunités de l'Église ; il paiera à celle-ci un cens annuel, mais ce cens ne représente qu'une faible partie du revenu dont il jouit : à sa mort ou, suivant les conventions faites, à celle de son fils, à celle de son petit-fils, les biens concédés feront retour à l'Église. Dans d'autres cas, l'opération est un peu différente : le précariste reçoit non plus une terre nouvelle ajoutée à la sienne, mais une somme

1. Actes de 1087, Perréciot, *De l'état civil des personnes et de la condition des terres dans les Gaules*, t. II, p. 24, note 1. « Le mot *beneficium*, dit M. Esmein, pris dans un sens large désigne tout acte contenant une concession gracieuse et par là même un *bienfait*... mais dans un sens restreint il désigne, sous les Carolingiens, une terre concédée *gratuitement* et à titre viager par un senior à son vassal... Les bénéfices étaient destinés à assurer des vassaux au senior et étaient, par suite, naturellement et complètement gratuits ; ils n'étaient accordés, *en fait*, que moyennant un serment de recommandation dont ils étaient le prix ». M. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, t. I, pp. 134-137.

2. M. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français. Droit privé*, p. 547.

3. On dit plus souvent au moyen-âge la *précaire*.

4. M. Viollet, *loc. cit.*, p. 572.

5. M. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, t. I, p. 133.

d'argent. » La donation devient ainsi le préliminaire du contrat de précaire.

Les détails de l'opération sont clairement indiqués dans les chartes : donation par le propriétaire qui se dépouille, requête ou *petitio* formée par lui ; concession en précaire ou *præstaria*. Malgré l'imposition d'une redevance, la concession en précaire elle-même est considérée souvent comme une libéralité, *per hanc præstariam et nostrum beneficium*¹. C'est une trace lointaine de l'idée romaine : *magis... ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat precarii conditio*².

L'usage des donations aux églises ou aux monastères en vue de l'obtention d'une concession en précaire s'est naturellement développé dans les temps agités du moyen-âge, où l'insécurité des patrimoines d'une part, et d'autre part les immunités accordées à beaucoup d'établissements religieux faisaient préférer par les petits propriétaires, à un alleu toujours exposé à se perdre, la tranquillité d'une possession précaire prolongée pendant deux ou même trois générations³. « Tant que dura l'anarchie de l'invasion, dit Guizot, la protection d'une église ou d'un monastère était presque la seule force dont les petits propriétaires pussent espérer quelque sécurité. On la recherchait par des donations. Les églises étaient des lieux d'asile ; on les enrichissait pour les récompenser du refuge qu'on y avait trouvé. Les domaines de certaines églises étaient exempts de tout tribut ou redevance envers le roi... on donnait ses terres à ces églises en s'en réservant l'usufruit afin de participer ainsi à leurs immunités, et ce fut là une des causes qui multiplièrent surtout ce genre de donation⁴. »

1. *Cartulaire de l'abbaye de Savigny et d'Ainay*, à Lyon, charte n° 6, anno 919. Voir dans le même sens chartes n° 7, anno 925 ; n° 8, anno 927.

2. 14. D. 43. 26.

3. La précaire à l'époque barbare n'est plus, en effet, révocable à volonté comme à Rome. Le précariste désormais a un droit d'une durée plus ou moins longue et qui peut être transmissible à ses héritiers. Ces donations intéressées ont peut-être été un peu moins nombreuses dans les pays de Droit Ecrit que dans le Nord, car l'alleu s'y est mieux défendu.

4. Guizot, *Essais sur l'histoire de France*, IV^e essai, ch. I.

CHAPITRE II

DES DIFFÉRENTS TYPES DE DONATIONS PLUS PARTICULIÈREMENT USITÉS DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT. COMPARAISON AVEC LES PAYS COUTUMIERS

Après avoir ainsi constaté que les donations étaient d'un usage fréquent, nous devons descendre davantage dans le détail pour rechercher quelles étaient les diverses variétés de donations usitées dans les pays de Droit Écrit. Il est à remarquer que la plupart étaient également admises dans les pays coutumiers, bien que, souvent, avec de profondes différences de fond ou de forme.

Afin de rendre plus facile la comparaison entre les usages des pays de Droit Écrit et ceux des pays coutumiers, nous diviserons ce chapitre en trois paragraphes consacrés à l'examen rapide des variétés de donations usitées : 1^o dans les pays de Droit Écrit et dans les pays coutumiers; 2^o dans les seuls pays coutumiers; 3^o dans les seuls pays de Droit Écrit.

SECTION PREMIÈRE

Types de donations usitées dans les pays de Droit Écrit et dans les pays coutumiers.

§ I. — Donations entre vifs

Les pays de Droit Écrit, comme les pays coutumiers, pratiquaient *la donation entre vifs*. C'est la forme de donation la plus naturelle, celle qui est « proprement appelée donation ». Il s'ensuit que, dans le doute, toute donation doit être présumée entre vifs s'il ne paraît des termes de l'acte que l'intention du donateur a été de faire une donation à cause de

mort¹ ». Aussi « la donation est entre vifs, dit d'Espeisses, non seulement lorsque le donateur a dit qu'il donnait entre vifs purement et simplement ou irrévocablement, mais généralement lorsqu'il n'y est fait aucune mention de la mort, soit qu'elle soit faite par un homme sain ou par un malade à l'article de la mort² » ; on considérerait même, comme entre vifs, dans les pays de Droit Écrit, la donation où il était fait mention de la mort, si le donateur avait envisagé la clause de ne point révoquer comme une disposition principale, si la donation était faite au donataire et à ses héritiers, s'il avait été convenu qu'elle serait insinuée ou qu'en fait elle l'eût été à la requête du donateur³.

Dans les pays coutumiers, la donation entre vifs faite pendant la dernière maladie⁴ était nulle. La quotité disponible étant plus grande en matière de donation qu'en matière de testament et en même temps les formes du testament plus compliquées que celles de la donation entre vifs⁵ ; permettre la donation entre vifs à une personne atteinte de sa dernière maladie, c'eût été précisément offrir le moyen de rendre inutile le système de protection que les coutumes élevaient pour défendre la liberté et la famille du moribond⁶. La donation entre vifs faite dans la dernière maladie ne pouvait donc produire d'effet que si elle avait été, par hypothèse, revêtue des formes du testament ; du moins c'est le sens qu'on donnait généralement⁷ à l'article 277 de la coutume de Paris : « Toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre vifs, faites par personnes gisans au lit malade de la maladie dont elles décèdent sont réputées faites à cause de mort et testa-

1. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, art. 1^{er}, page 6.

2. D'Espeisses, tome I, *Des contrats*, part. I, tit. XIV ; *Des donations*, sect. II, pp. 409-410, n° 1.

3. D'Espeisses, *loc. cit.*

4. Il n'est même pas nécessaire que le donateur décède dans cette dernière maladie ; il suffit qu'il ait été déterminé à sa donation par la pensée de sa mort probable, étant donné la gravité de son mal. Ricard, tome I, 1^{re} partie, ch. III, sect. I, n° 99, 116. *Notes K. et M. de Bergier*, éd. de 1783. Riom, 2 vol. in-fol. La donation entre vifs par le religieux durant son noviciat est aussi considérée comme à cause de mort.

5. J'entends les formes qui sont l'œuvre du donateur. Dans le testament, il faut écrire ou dicter sa volonté. Dans la donation, il suffit de signer, car, comme le fait très bien remarquer Ricard, « pour le reste : rédaction du contrat, acceptation et insinuation, cela dépend des notaires et du donataire ». Ricard, tome I, 1^{re} partie, ch. II, n° 55.

6. Ricard, *loc. cit.*, n° 52 et s.

7. Ricard, *loc. cit.*, n° 63.

mentaires et non entre vifs. » Néanmoins, cette interprétation était loin d'être unanimement acceptée, puisque Furgole constate « que la conversion des donations entre vifs en donations à cause de mort ou testamentaires donna lieu à une grande difficulté qui a été longtemps et diversement décidée par les arrêts du parlement de Paris, si ces donations, ne pouvant valoir comme donations entre vifs, pouvaient valoir comme dispositions à cause de mort » ¹.

L'ordonnance de 1731 mit fin à cette discussion et confirma la nullité de ces donations dans son article IV : « Toute donation entre vifs qui ne serait valable en cette qualité ne pourra valoir, comme Donation ou Disposition à cause de mort ou testamentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue. »

Cet article n'eut aucune influence sur les usages des pays de Droit Écrit ². La donation entre vifs faite dans la dernière maladie n'y présentait aucun inconvénient, puisque la quotité disponible était la même par donation ou par testament; elle continua donc à rester valable, parce que, comme le remarque Furgole, on ne peut pas dire que ce soit une donation à cause de mort, mais bien une donation entre vifs faite par un mourant, circonstance qui n'en change pas la nature ³.

Nous retrouverons d'autres différences nombreuses et importantes, entre les pays de Droit Écrit et les pays coutumiers dans la matière des donations entre vifs, notamment à propos de la forme et de la révocation des donations. Essayer de les résumer ici, ce serait vouloir faire tenir, dans cette rapide revue des différents types de donation, notre étude tout entière.

§ II. — Donation rémunératoire.

Elle a eu sa place, et même une large place à l'origine de l'histoire des pays de Droit Écrit. C'était par des donations rémunératoires que le chef wisigoth retenait autour de lui une clientèle armée : *si quis buccellario arma dederit, vel*

1. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, art. IV, p. 30, éd. de 1761.

2. « La disposition de cet article regarde entièrement les pays gouvernés par les coutumes. » Furgole, *loc. cit.*

3. Furgole, *loc. cit.*, p. 31.

*aliquid donaverit, si in patroni sui manserit obsequio, apud ipsum quæ sunt donata permaneant. Si vero alium sibi patronum elegerit, habeat licentiam cui se voluerit commendare, quoniam ingenuus homo non potest prohiberi, quia in sua potestate consistit; sed reddat omnia patrono quem deseruit*¹. C'est par des donations rémunératoires de terres, par des concessions à titre de bénéfices ou de fiefs ou même d'alleux que les rois ou les grands récompenseront plus tard ceux qui les auront fidèlement servis : *regalis celsitudinis moris est*, dit un diplôme de Charles le Chauve, *fideles suos multiplicibus donis et honoribus ingentibus honorare et sublimare*².

On peut poser en principe, croyons-nous, que, dans toute la période barbare et féodale, les donations rémunératoires ont été nombreuses. D'une part, les guerres étaient fréquentes, le pillage habituel, le butin abondant, les terres conquises étendues : la donation, facile au chef, compensait pour le soldat l'absence de la solde. D'autre part, l'écart entre le puissant et le faible était énorme, le supérieur arrivait à la plénitude des pouvoirs, l'inférieur sortait souvent à peine des bassesses de l'esclavage et son action pour exiger son salaire était fort exposée à ne point aboutir. Dans cet état social, la rémunération des services devait souvent prendre l'apparence extérieure d'une donation. De là ces concessions de fiefs subalternes qui ont l'air de concessions libérales et qui ne sont au fond qu'un mode de paiement, car, en quittant ses fonctions, le vassal abandonnait le fief destiné à les rémunérer³.

Peu à peu, la notion de la donation rémunératoire se précise et se dégage de confusions fréquentes avec le paiement. La distinction paraît surtout avoir préoccupé les auteurs au

1. Bluhme, *Die Westgothische Antiqua*, p. 30.

2. Diplôme de Charles le Chauve en faveur d'un de ses vassaux, anno 849. Dom Vaissette, *Histoire du Languedoc*, tome I, preuves : n° 74, p. 97. On peut lire dans la même histoire de nombreuses donations de terres par les rois à leurs *fideles*; anno 795, n° 9, p. 30; anno 815, n° 25, p. 46; anno 819, n° 46, p. 66; anno 832, n° 47, p. 67; anno 843, n° 58, p. 78; anno 849, n° 73, p. 96; anno 854, n° 78, p. 102, etc. « Par ces donations d'alleux, on ne s'explique que mieux d'ailleurs la rapidité avec laquelle les Carolingiens ont vu pour ainsi dire fondre leurs domaines entre leurs mains. » M. Chénon. *Etude sur l'histoire des alleux en France*, p. 26.

3. *Fevum ad cellarium, fevum ad coquum, fevum ad forestarium, ad piscatorem, ad exactorem*. Cartulaire de Beaulieu, en Limousin, ch. ci, XII^e siècle.

point de vue de l'insinuation et de la révocation : « La donation, dit Furgole, peut être considérée comme rémunératoire sous deux différents rapports. Le premier, quand elle est faite en récompense des services, à raison desquels le donataire n'avait aucune action pour en demander le paiement; et le deuxième quand les services sont tels que le donataire peut en exiger la récompense par la voie de la justice ¹. »

Dans le premier cas, la donation rémunératoire est soumise à l'insinuation. Cette décision ne semble pas avoir rencontré de contradiction ². La question de savoir si dans cette hypothèse la donation doit être irrévocable, même en cas de survenance d'enfant, a soulevé au contraire de nombreuses discussions et amené une grande diversité dans les arrêts des parlements de Droit Écrit. La discussion ne portait pas sur les donations faites en récompense de services dont le prix était considéré comme inestimable, tout le monde convenait que cette donation n'était point révoquée par survenance d'enfant, puisque la récompense ne pouvait jamais excéder les services. Mais à l'égard des donations faites en récompense de services susceptibles d'estimation, les auteurs de Droit Écrit étaient partagés. Ainsi Maynard³ considérait la donation comme révoquée par la survenance d'enfant en ce qu'elle excédait la valeur des services; d'Olive⁴, au contraire, le maintenait pour le tout.

Dans le deuxième cas, c'est-à-dire si les services sont tels que le donataire ait une action pour en exiger le paiement, la donation rémunératoire n'est soumise ni à la formalité de l'insinuation, ni exposée à la révocation pour survenance d'enfant. « Le contrat, dit Furgole, ne désire d'autres formalités que celles qui sont requises pour la validité d'une vente ou d'un bail en paiement ⁵. »

Les formes de la donation rémunératoire pouvant se trouver ainsi moins rigoureuses que celles des autres donations,

1. Furgole, *Ordon. de Louis XV sur les donations*, comment. sur l'art. 20.

2. Guido Papa. *Decisiones Senatus Delphini*, quest. 95. Furgole, *loc. cit.*

3. Maynard, *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au parlement de Toulouse*. Toulouse, 1754, 2 vol. in-fol., tome I, livre 4, ch. xii, nos 42-43; livre 6, ch. lxi, n° 7.

4. D'Olive, *les Œuvres de M. Simon*. Toulouse, 1638, 2 vol. in-fol., livre 4, ch. vii.

5. Furgole, *Ordon. de Louis XV sur les donations*. Comment. sur l'art. 20.

on devait craindre qu'elle ne servît à déguiser les libéralités que le donateur voulait soustraire à l'insinuation ou à la révocation. Aussi les jurisconsultes de Droit Écrit hésitaient sur la valeur qu'il fallait attribuer [aux] déclarations du donateur, alléguant de prétendus services pour justifier sa donation. Mornac ¹ se contentait de la simple énonciation de services rendus. Maynard ² exigeait la preuve des services allégués. Entre ces deux systèmes absolus, d'Olive ³ proposait une distinction : si la donation rémunératoire est faite à une personne incapable de recevoir, la preuve des services devra être rapportée; si elle gratifie une personne capable, la déclaration détaillée des services rendus faite par le donateur sera une preuve suffisante de leur réalité.

L'ordonnance de 1731, en déclarant expressément que les donations rémunératoires seraient soumises tant à l'insinuation qu'à la révocation pour survenance d'enfant, n'a point fait disparaître l'intérêt des anciennes distinctions. Furgole les reproduisait dans son édition de 1761 ⁴ et les auteurs d'aujourd'hui y cherchent encore la solution de difficultés que le Code n'a point tranchées ⁵.

§ III. — Donation avec charges

La donation avec charges paraît avoir été fort usitée pendant toute la période barbare et féodale. Elle était bien dans l'esprit de la féodalité dont « le système reposait sur des concessions destinées à lier les deux parties par des obligations réciproques ⁶ ». L'imposition de charges aux donations est d'ailleurs la manifestation de la difficulté que les peuples primitifs, comme les enfants, ont à se dépouiller définitivement. Nous retrouverons l'influence encore plus sensible de cette idée dans la matière de la révocation des donations.

Les charges imposées sont diverses : souvent le disposant

1. Mornac, *Antonii Mornacii in senatu parisiensi patroni observationes*, etc. Paris, 1721, 4 vol. in-fol. Lettre D, tome I, p. 933.

2. Maynard, livre 6, ch. LXI, n° 6, tome I, p. 905.

3. D'Olive, *loc. cit.*, livre 4, ch. VII, note 3.

4. Furgole, *Questions remarquables sur la matière des donations*, édit. de 1761. Toulouse, 1 vol. in-4, quest. XV, p. 87.

5. Demolombe, *Traité des donations*, tome III, § 50, 51; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, tome VII, § 659, *in fine*.

6. Beaune, *Droit coutumier : les contrats*, p. 73.

se réservait, soit son entretien personnel ¹, soit des prières ou un droit de sépulture ².

A côté des charges nous pouvons placer les réserves sur la chose donnée. La plus usitée est la réserve d'usufruit. La loi barbare des Wisigoths considérait la donation avec réserve d'usufruit comme essentiellement révocable : *qui vero sub hac occasione largitur, ut eandem rem ipse qui donat usufructuario iure possideat et ita post eius mortem ad illum cui donavit res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam quando voluerit, etiamsi in nullo læsum fuisse se dixerit* ³. Mais cette disposition ne paraît pas avoir laissé de trace dans les pays de Droit Écrit. De bonne heure la donation avec réserve d'usufruit est envisagée comme aussi stable que les autres : *quidquid ad illum mansum*, porte une donation de 970 qui répète une formule fréquente, *aspicit totum ad integrum cedo et dono atque transfundo, ea videlicet ratione, ut dummodo vivo, usumfructuarium possideam; post meum vero decessum faciant rectores ipsius ecclesiæ ex eo quidquid voluerint* ⁴. Durandi, au xiii^e siècle, ne manque pas de donner, dans son recueil de droit pratique, un modèle de donation avec réserve d'usufruit; il ne mentionne nullement ce caractère révocable de la donation d'usufruit; bien au contraire, la clause de réserve d'usufruit est considérée déjà comme équivalant à tradition : *solo mihi usufructu, dum vixero, reservato ad habendum tenendum, et quidquid placuit dictis fratribus faciendum, cum omnibus suis pertinentiis et iuribus et licet per usufructus retentionem intelligatur facta traditio, nihilominus tamen me tu nomine pro eis ad maiorem*

1. *Ipsas res superius nominatas dono Deo et sancto Petro pro remedio animæ meæ et victu et vestitu corporis mei*. Cartulaire de Cluny, tome III, ch. 2439, annis 937-1031. — *Victum ac vestitum tam in dorso quam in lecto*. De Rozière, *Recueil général des formules*, n^{os} 117, 118.

2. *Ut... pratum in vestiturâ teneant pro uxoris mee sepulturâ*. Cart. de Cluny, tome III, ch. 2435, anno 997. *Sed tamen in tali pacto ut vos recipiatis nos in vitâ vel in morte*. Gallia Christiana, tome VI, *Instrumenta*, p. 438, charte 30.

3. *Legis Wisigoth.*, livre V, t. II, §VI. Walter, *Corpus Juris germanici*, tome I, p. 156.

4. *Cartulaire de l'Abbaye de Savigny et d'Ainay* (à Lyon), Bernard, Paris, Imprimerie Nationale, 1853, 2 vol. in-4, charte 155. Les donations avec réserve d'usufruit sont fort nombreuses. Cart. de Savigny, charte 122, anno 1001, cartulaire de Cluny, tome III, ch. 2366, anno 996; 2367, anno 996; 2401, anno 997; 2402, anno 997; 2446, anno 997-1031, etc. *Histoire du Dauphiné* par de Valbonays, tome II, preuves, pages 118-263, donations de 1284, de 1325, etc.

*cautelam constituo possidere dans tibi licentiam propria auctoritate intrandi*¹.

§ IV. — Donation en Franche-Aumône, donation avec clause d'immunité

Nous venons de mentionner comme fréquentes les donations avec charges; il est juste cependant de reconnaître que le moyen-âge pratiquait une donation qui, par nature, échappait à toute charge ou réserve, la *franche-aumône*, *eleemosyna pura, libera*. L'union même de ces deux mots indique combien, à cette époque, on était peu habitué à envisager la donation comme détruisant tout lien, au moins de suzeraineté, entre le donateur et le donataire. Aujourd'hui, la donation nous paraît, tout naturellement, franche, c'est l'idée de charge qui déroge au principe et que le langage a besoin d'exprimer. La langue du moyen-âge traduit une conception de la donation diamétralement opposée.

Henrion de Pansey, à la veille de la Révolution, définit encore la *franche-aumône* en ces termes : « Tenir en franche-aumône, c'est posséder sous la mouvance d'un seigneur sans autre obligation que celle de prier pour lui. » Et Merlin ajoute « que l'Église tient en pure-aumône toutes les fois que la donation est de partie d'un fief et que cette donation ne renferme aucune espèce de réserve² ». On voit par ces définitions que le donataire en franche-aumône n'était tenu à aucune charge féodale, pas même à des prières déterminées : « La tenure en franche-aumône ne s'établit, dit Henrion de Pansey, que dans le cas où le donateur ne s'est absolument rien réservé, ou du moins lorsqu'il s'est contenté d'imposer au donataire l'obligation vague de prier pour lui³ ».

Les donations en franche-aumône ont été usitées dans les pays de Droit Écrit comme dans les pays coutumiers. Du Cange, au mot *Eleemosyna libera*, cite précisément comme exemple

1. Durandi, *Speculum juris*, livre 2, particul. II, tit. *de instrum.* édit., § porro n° 4, tome I, p. 149.

2. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, tome II, p. 56. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, tome VII, v° *Franche-aumône*, §. 77.

3. Henrion de Pansey, tome II, p. 57. Si les prières étaient déterminées, il y aurait non plus *franche-aumône*, mais *tenure par service divin*, emportant encore féauté au seigneur. Henrion, p. 143.

une charte extraite de la bibliothèque de Cluny ¹, émanant, par conséquent, d'un pays de Droit Écrit : *omnia, quæ data sunt vel danda ab aliis in futuro, ita libera esse volo, ut neque ego, neque succedentes mei, neque per bannum neque per teleoneum, neque per vicariam, neque per collationem nostrorum militum, neque per aliam quamvis modicam consuetudinem monachos de servitio disturbent, neque suis hominibus inferant inquietudinem. Ista omnia dona libera esse volo* ². Le mot *franche-aumône* se trouve même exactement employé par les textes de Droit Écrit : *noscant presentes et futuri quod nos Galhardus abbas Dei gratia S. Andardi cum toto coventu nostro fecimus, concessimus et donavimus in eleemosinam francam et in relevationem omnium animarum predecessorum nostrorum defunctorum ecclesias et parochias Sancti Stephani* ³. Néanmoins l'expression technique *franche-aumône* apparaît rarement dans les textes de Droit Écrit ⁴. Ce sont plutôt des constitutions d'alleux que mentionnent les chartes de donations aux églises : « Anciennement, dit Cazeneuve ⁵, on ne donnait presque point de possessions aux prélats et aux églises qui ne fussent tenues en franc-alleu ». En général le donateur énonce simplement qu'il fait donation de la pleine propriété sans rien se réserver sur le fief : *hæc omnia prædicta, dono, laudo et concedo, scilicet totum alodium et dominium de omni honore prædicto et cum omnibus pertinentiis...et quidquid in jam dicto honore et in omnibus pertinentiis habeo totum illud dono Deo et monasterio prædicto in perpetuum absque retentu* ⁶; ou bien le donateur renonce à tous ses droits sur le fief donné et prend soin en outre d'y faire renoncer les seigneurs dont il peut dépendre : *et insuper, ajoutera alors le suzerain, ego id G. Montispessulani dominus...dono et concedo in perpetuum*

1. Cluny était, il est vrai, à l'extrémité du Mâconnais, non loin de la Bourgogne, pays de coutume.

2. La Charte citée par du Cange ressemble aussi à une concession d'immunité.

3. *Donatio monasterio Bellæperticæ*, anno 1188. *Gallia Christiana*, tome XIII. *Instrumenta ecclesiæ Montalbanensis*, p. 186, charte 7.

4. On peut s'en rendre compte en parcourant les Instruments du Recueil *Gallia Christiana* aux tomes II (province ecclésiastique de Bordeaux), VI, province de Narbonne), XIII (province de Toulouse), etc.

5. Cazeneuve, le *Franc-Alleu de la province de Languedoc*, livre II, ch. xv, § VIII.

6. *Gallia Christiana*, tome VI, inst., p. 82, charte VII, anno 1100.

*pro alodio libero Domino Deo...videlicet dominium et totum illud quidquid sit, quod habeo et habere debeo...in toto illo honore*¹. Parfois même le suzerain affranchit par avance des redevances féodales les biens que donneront ses vassaux : *similiter et omnes quicumque per me honorem habent sive habuerint...quantumcumque ex eo quod per me habuerint, dare ad sanctum Victorem pro animabus suis voluerint licentiam habeant. Quod si ad alodem dederint, ego donationem eorum firmo et roboro. Si fevum donaverint, ego eis, ut sancto Victori libere dare possint, de ipso fevo alodem facio, ut omnes mei fideles esse possint hæleemosinæ hujus participes*².

A partir de la fin du moyen-âge, la franche-aumône a subi les mêmes attaques que l'alleu.

Pendant longtemps la tenure en franche-aumône avait été assimilée à l'alleu. « Tenir en main-morte, franc-alleu ou franche-aumône est tout un, disait Loisel³. » Donner en franche-aumône, c'était donc reconstituer par bienfaisance un alleu au profit d'un établissement religieux.

La tenure en franche-aumône a d'abord perdu ce caractère allodial. On lui a trouvé un seigneur théorique grâce à une subrogation des prières aux droits féodaux. « La franche-aumône, soutiennent les feudistes, diffère du franc-alleu non seulement en ce qu'elle est assujettie à la directe d'un seigneur, mais encore en ce qu'elle demeure grevée de toutes les charges féodales ; néanmoins, avec cette nuance qui la distingue des fiefs ordinaires, qu'à l'exception de la reconnaissance féodale, de simples prières tiennent lieu de l'hommage et des droits utiles établis par la coutume, mais cette différence est purement accidentelle, puisque ces prières subrogées aux droits féodaux en prennent la nature, par l'effet de la règle *subrogatum sapit naturam subrogati*⁴ ». Souvent même on est arrivé, en fait, à imposer à la franche-aumône le cens et les autres droits seigneuriaux en vertu du principe « nulle terre sans seigneur ». Le parlement de Paris

1. *Gallia Christiana*, tome VI. Inst., p. 326, charte XVI, anno 1161.

2. *Cartulaire de St-Victor*, tome II, ch. 731, anno 1075.

3. Loisel, *Institutes coutumières*, livre I, règle 66, n° 84, édit. Dupin et Laboulaye, tome I, page 112. M. Chénon. *Etude sur l'histoire des alleux en France*, p. 49. Cependant, dès le XIII^e siècle on admit que le donateur conservait un droit de patronage sur le bien aumôné. M. Chénon, *loc. cit.*, p. 50.

4. Henrion de Pansey, *loc. cit.*, tome II, p. 67.

rendit notamment dans ce sens des arrêts célèbres ¹, dans des espèces où les bénéficiaires de la franche-aumône jouissaient de temps immémorial d'une possession libre de toute redevance féodale.

La franche-aumône aurait dû mieux se maintenir dans les pays de Droit Écrit, elle pouvait y bénéficier de la faveur qui entourait ², particulièrement dans le Dauphiné et le Languedoc ³, l'alleu, et invoquer elle aussi la maxime « nul seigneur sans titre ». Il ne semble pas néanmoins que les jurisconsultes et les parlements de Droit Écrit, qui ont si hardiment défendu le franc-alleu, se soient préoccupés spécialement de la franche aumône ⁴; ce silence s'explique sans doute par ce fait que la franche-aumône avait fini par se confondre dans le midi avec le franc-alleu, dont elle partageait la bonne et la mauvaise fortune.

On peut rapprocher de la *franche-aumône* les concessions d'*immunité*. Ces deux libéralités aboutissent en effet à une exemption de charge. Mais l'une a trait aux rapports entre le suzerain et le vassal, elle exempte des charges féodales; l'autre concerne les rapports entre le souverain et le sujet, elle exempte des charges publiques ⁵; la première n'a lieu qu'en faveur de la chose pie, la seconde peut être accordée à d'autres personnes qu'à des établissements religieux. La franche-aumône est constituée par tout possesseur de fief ou d'alleu, l'immunité ne dépend que de la volonté du roi. Le don en franche-aumône produit un effet définitif, la concession d'immunité n'est perpétuelle que par le renouvellement qu'on en fait à chaque décès du concédant ou du concessionnaire; la franche-aumône est une véritable donation, c'est un

1. Arrêts des 15 mars 1777; 14 juillet 1778; 31 décembre 1779; 30 juillet 1785; 26 août 1786. Henrion de Pansey, tome II, *Franche-aumône*, § 33, p. 124 et s. Ces arrêts concernaient, il est vrai, des *Franches-aumônes* dont les héritages étaient situés dans des coutumes régies par la maxime « nulle terre sans seigneur, sauf titre contraire ».

2. Sauf dans la Provence et la majeure partie de la Guyenne. M. Chénon. *Etude sur l'histoire des alleux en France*, p. 157.

3. Malgré l'ordonnance de 1629, édit. de 1658, pour le Dauphiné. Arrêt du conseil du 22 mai 1667 pour le Languedoc. Merlin, v° *Franc-alleu*, §§ 27, 20.

4. Cazeneuve et Furgole n'en parlent pas. Cazeneuve, *Instruction pour le franc-alleu de la province de Languedoc*. Toulouse, 1645, 1 vol. in-4. Furgole, *Traité de la seigneurie féodale universelle et du franc-alleu naturel*. Œuvres de Furgole, tome V. Paris, 1775, 1 vol. in-8.

5. Henrion de Pansey fait notamment remarquer que « presque tous les grands sièges (épiscopaux) ont obtenu de ces chartes (d'immunités). Cependant, à une époque où l'esprit et l'étendue de ces clauses était mieux connu qu'aujourd'hui, nous voyons les évêques remplir tous les devoirs de la féodalité. Henrion de Pansey, t. II, p. 147.

contrat d'ordre privé, où un particulier se dépouille de son bien pour enrichir un tiers acceptant, l'église, le monastère envisagé comme personne morale. L'immunité est certes une faveur, *beneficium*, elle émane de la seule bonté du roi, *ex nostrâ indulgentiâ, ex nostrâ munificentiâ*; le concessionnaire est bien acceptant; il y a plus, tous les diplômes constatent qu'il a demandé lui-même la faveur; il est bien enrichi, car non seulement il échappe à des charges, mais souvent il reçoit le droit de percevoir et de s'attribuer les impôts; on peut même dire que le souverain est appauvri, à cette époque où la confusion entre le domaine public et le domaine privé est complète. Néanmoins, l'idée de contrat n'apparaît pas; il n'y a pas échange des consentements; le bénéficiaire sent lui-même qu'il n'a pas un droit acquis puisqu'il se considère comme obligé à chaque changement de règne de faire renouveler son immunité. Nous n'oserions donc ranger la concession d'immunités dans les donations au sens technique du mot.

Les privilèges qui découlaient de la concession d'immunités étaient nombreux et divers. Nous n'avons pas à entrer ici dans leur énumération¹. D'une façon générale, on peut dire que l'avantage de l'immunité consistait dans l'interdiction aux agents de la puissance publique de pénétrer dans les lieux ou d'entrer sur les territoires dépendant des domaines présents et futurs du privilégié pour y accomplir certains actes de la puissance publique, énumérés dans les diplômes². Pour compléter ces avantages, le diplôme d'immunité stipulait souvent encore, en faveur du bénéficiaire de ce privilège, la concession de tous les produits et revenus que le fisc du prince aurait pu tirer de ce territoire. Enfin les avantages de l'immunité se sont peu à peu accrus en fait et le bénéficiaire en est arrivé souvent à prétendre exercer le droit de souveraineté lui-même³.

1. Nous renvoyons à l'étude de l'immunité présentée par M. Aug. Prost, *Nouvelle revue historique de droit romain*, t. VI, §§ 176 et s. Paris, Larose, 1882, 1 vol. in-8.

2. Tenir les plaids, lever au profit du fisc les produits de la justice et ceux des impôts, exiger le gîte, saisir comme caution des hommes chargés d'amener sous leur responsabilité les prévenus devant la justice, exercer la contrainte légale sur les habitants du territoire, percevoir des revenus, faire des levées illicites, etc.

3. M. Prost, *loc. cit.*, p. 347.

On peut se rendre compte aisément du nombre des chartes d'immunités dans les pays de Droit Écrit en consultant la table des pièces concernant l'immunité que M. Prost a dressée d'après le vaste recueil de la *Gallia Christiana*¹. Sur cent quatre-vingt-seize diplômes cités par M. Prost, cinquante-huit (sauf erreur dans notre relevé) concernent des évêchés compris dans les pays de Droit Écrit. On voit en même temps que les concessions d'immunités, si nombreuses du VII^e au XIII^e siècle, deviennent au contraire rares à partir du XIV^e.

Les concessions d'immunités, comme du reste la franchise-aumône, n'appartiennent pas spécialement à l'histoire des pays de Droit Écrit : on les trouve dans toute la France. Nous ne pouvions néanmoins passer complètement sous silence ces deux types archaïques de libéralités, si différents des autres donations que nous verrons désormais en usage dans le reste de cette étude et dans le droit moderne. Dans la concession d'immunités, en particulier, la faculté de disposer à titre gratuit arrive à une plénitude d'effets inconnue aujourd'hui : la concession d'immunités n'est pas une donation de simples droits privés, c'est une véritable libéralité de droits politiques.

§ V. — Institution contractuelle.

Il semble que l'institution contractuelle aurait dû rester inconnue dans les pays de Droit Écrit. Nous avons vu² qu'il est impossible d'en trouver l'origine soit dans le droit romain classique, soit même dans le droit de Justinien. Le seul texte de droit romain auquel elle puisse se rattacher, mais « d'une façon assez éloignée³ », est une Novelle de Léon le

1. M. Prost, *l'Immunité*. *Nouvelle Revue historique*, tome VI, 1882, pp. 117 à 120. La table de M. Prost indique la date de la concession d'immunité, le volume de la *Gallia Christiana*, la page de ce volume, le diocèse que concerne la charte.

2. 1^{re} partie, *les Donations dans la législation de Justinien*, ch. I, sect. 1. Nous avons démontré que la loi 19. C. de pactis. 2. 3. « présente non pas une convenance de succéder, mais un testament entre militaires ». Anouilh, *Institution contractuelle*. *Revue historique de droit français*, 1860, pp. 296-297.

3. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, sur l'art. 13, observations, p. 81, éd. de 1761.

Philosophe (Nov. 19), qui valide le pacte par lequel un père s'engage envers son fils, en le mariant, à lui conserver une part égale à celle de ses frères et sœurs : *statuimus vero, ut parentum nemo jura filiorum, quibus cum reliquis liberis æqualem hereditatis portionem servatum iri in nuptialibus contractibus sponponderint, innovare tentet*. Mais de Laurière fait remarquer, après Cujas et Jacques Godefroy, « que les Novelles de Léon n'ont presque point été observées ni regardées comme lois dans l'Orient et qu'elles n'ont même été lues et bien connues dans l'Occident que par la traduction qu'Agylæus en a donnée longtemps après les rédactions et les réformations de nos coutumes, qui ont autorisé ces institutions ¹ ». Il y a plus : la théorie même de l'institution contractuelle était contraire aux principes du droit romain classique qui prohibait les pactes sur succession future ².

L'institution contractuelle présente donc cette première particularité curieuse qu'elle a pénétré et qu'elle s'est maintenue dans les pays de Droit Écrit malgré le droit romain. Son existence dans le midi est tout à la fois la conséquence de la persistance des idées germaniques sous l'épaisse couche du droit romain qui les recouvrait, et le résultat des nécessités de l'organisation féodale.

« Les familles germaniques, dit M. Anouilh, n'avaient pas les mêmes préventions que les Romains contre les pactes sur succession future. La faveur des pactes successoires est un trait qui sépare profondément des Romains les peuples d'origine germanique. Ces pactes deviennent d'un usage fréquent et populaire. Le fameux traité d'Andelot en contient la preuve. Ils sont reconnus par la loi des Francs Saliens, des Ripuaires, des Wisigoths et des Bourguignons : on en trouve des traces nombreuses dans les formules de Marculf ³ ».

La féodalité maintint en vigueur ces usages germaniques qui, sans elle, auraient certainement disparu, au moins dans

1. Laurière (de), *Des institutions contractuelles*, tome I, ch. I, n° 5. Paris, 1712, 2 vol. in-12.

2. 61. D. 4. 5. 1. Toutefois Constantin permit à la mère de partager sa succession entre ses enfants (2. C. Th. II. 24). Justinien permit le pacte sur la succession d'une personne à la condition que celle-ci autoriserait ce pacte et persisterait dans son consentement jusqu'à son décès (30. C. de pactis. 2. 3).

3. Anouilh, *De l'institution contractuelle dans l'ancien droit français et d'après le Code Napoléon*. Revue historique, tome VII, 1860, p. 299.

les pays de Droit Écrit, lors de la renaissance du droit romain, au XII^e siècle. L'institution contractuelle répondait en effet à un besoin féodal, celui d'assurer le service du fief. « Il était de l'intérêt du seigneur que le fief héréditaire dont il avait la suzeraineté fût régulièrement servi ; le plus sûr moyen était donc de faire régler par le vassal avant sa mort la succession au bénéfice qu'il délaisserait. D'un autre côté, il était interdit au vassal, sous peine de commise, de marier ses héritiers présomptifs mâles ou filles sans le consentement du suzerain, et une fille ou veuve, détentrice ou héritière d'un fief, pouvait être forcée par le seigneur de prendre baron, c'est-à-dire de se marier. Il devint donc tout naturel qu'à propos de ces mariages, et dans les contrats mêmes que l'on dressait sous les yeux du seigneur, on fit des dispositions pour régler la succession du fief et en assurer la desserte ¹. »

Favorisée par l'organisation féodale, et, plus tard, par les nécessités de la conservation du patrimoine aristocratique, l'institution contractuelle finit pas avoir droit de cité dans les pays de Droit Écrit ². Il semble même que son usage fut plus répandu dans le Midi que dans le Nord ou le centre, où elle continua d'être pratiquée surtout par la noblesse : « vers la fin du siècle dernier, dit M. Anouilh, il n'y avait presque pas de paysan dans le midi qui, en établissant ses enfants, ne fit une institution contractuelle ³. »

Mais, tout en se développant dans les pays de Droit Écrit, l'institution contractuelle ne cessa de se heurter aux antipathies des romanistes. Elle demeura strictement confinée dans les limites de l'acte où elle était le plus utile et ne put se faire

1. Esbach. *Notice historique sur l'Institution contractuelle. Revue de législation*, tome XI, 1840, p. 135. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXXI, ch. 34.

2. Mornac, *Observationes in quatuor priores libros codicis*, tome I, livre II, t. III, de pactis, loi 15, p. 278 : « et cum partes Gallie, quæ solo jure scripto utuntur, nihil fere præter Romanam prudentiam admittant, tamen in hoc acquiescunt universis imperii Gallie moribus, maxime inter nobiles, si modo jurejurando contrahentium subnixa sit conventio, ut testatur Auferrius se semper ita consuluisset variisque Curie Tolosanae arrestis confirmatum fecisset. (Valeret etiam sine jurejurando in tabulis nuptialibus facta institutio.) » Maynard, livre V, ch. 90, livre VII, ch. 100. *Faber in suo codice*, lib. V, tit. IX, def. vi. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, art. 13, p. 81.

3. Anouilh, *loc. cit.*, p. 322. Au contraire, dans les pays coutumiers, la coutume d'Anjou (art. 465) et celle du Maine (art. 262) n'admettaient l'institution contractuelle que de la part d'un « l'homme ou femme noble qui marie son héritier principal ou présomptif ». Cependant un arrêt de Bordeaux de 1592 considère encore l'institution contractuelle comme le privilège de la noblesse. Autonne, *Conférence du droit français avec le droit romain*, sur la loi 15 de pactis, tome II, p. 157.

que par contrat de mariage ¹ au profit des époux et de leurs enfants à naître du mariage. On admettait seulement la clause d'association par laquelle l'instituant obligeait dans ce contrat de mariage l'institué à s'associer une tierce personne qui pouvait ainsi prendre une quote-part dans la succession de l'instituant, et la clause de substitution par laquelle l'instituant substituait à l'institué un étranger ².

L'institution contractuelle avait un second caractère original qui découlait de sa définition même : un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession fait par contrat de mariage au profit de l'un des conjoints ou des enfants qui doivent naître du futur mariage : elle n'était, à proprement parler, ni un testament, ni une donation entre vifs, ni une donation à cause de mort. Ce n'était point un testament, puisque la volonté des parties se réunissait en un contrat pour produire un effet irrévocable ; ce n'était point une donation entre vifs, car, d'une part, l'institution déférait l'hérédité et faisait un véritable héritier, en outre l'exécution de l'institution était suspendue jusqu'à la mort du donateur ; enfin le prédécès du donataire sans enfants entraînait la caducité ; d'autre part, les formes solennelles des donations entre vifs n'étaient point imposées ³ ; ce n'était pourtant pas une donation *mortis causa*, puisque l'instituant ne pouvait révoquer sa donation ni directement ni indirectement par l'aliénation de ses biens à titre gratuit ou même onéreux ⁴. Aussi Furgole définissait-il l'institution contractuelle « une manière de disposer ou une convention que quelques auteurs ont appelée avec raison *amphibie*, qui constitue une classe à part et qui a ses règles particulières qu'elle ne doit emprunter ni de la

1. On trouve quelques arrêts qui valident l'institution même hors contrat de mariage, si c'est en faveur du mariage futur. Toulouse, 18 déc. 1596; d'Olive, *Questions notables de droit*, livre III, ch. 30, note 11 *in fine*.

2. Henrys, *loc. cit.*, tome I, livre VI, ch. v, quest. 25.

3. *Ord. de 1731*, art. 13. Les institutions contractuelles ne pourront être attaquées par le défaut d'acceptation. La nécessité de l'insinuation divisait les auteurs : Ricard exigeait l'insinuation de toute institution (tome I, part. 1, n° 1149). D'Espeisses ne l'exigeait point en ligne directe (tome I, tit. 14, *Des donations*). Le Brun en dispensait toute institution (*Des successions*, livre III, ch. II, n° 16). L'art. 19 de l'ordonnance de 1731 a donné raison à la théorie de d'Espeisses.

4. Dans quelques pays coutumiers et dans la majorité des pays de Droit Écrit.

donation entre vifs, ni de la donation à cause de mort, ni du testament ¹ ».

La jurisprudence des pays de Droit Écrit considérait toutefois l'institution contractuelle comme une donation entre vifs de biens présents et à venir afin de sauvegarder, au moins dans la classification, l'interdiction des pactes sur successions futures. De cette assimilation un peu arbitraire découlait une restriction importante de la capacité de l'instituant. Tandis que les pays coutumiers, tout en déclarant l'institution contractuelle irrévocable, admettaient que l'instituant conservait le droit de disposer à titre onéreux de ses biens et pouvait faire quelques libéralités à titre particulier, les parlements du midi, notamment le parlement de Toulouse, lui refusaient tout droit d'aliénation même à titre onéreux². L'héritier institué pouvait, après le décès de l'instituant, faire révoquer les aliénations postérieures au contrat de mariage. La jurisprudence et les jurisconsultes admettaient toutefois quelques tempéraments à cette rigueur. Ainsi l'aliénation était permise à l'instituant pour payer une amende, se délivrer de prison³, échapper à une peine corporelle⁴, entretenir sa famille⁵, doter ses filles ou payer la légitime des autres enfants, rembourser ses dettes antérieures à l'institution⁶. On reconnaissait que l'héritier ne pouvait attaquer les contrats que l'instituant avait passés comme l'eût fait un bon père de famille « même s'il avait fait quelque perte sans dessein de frauder son donataire ou héritier contractuel, soit qu'il eût fait perte des biens meubles ou immeubles, par vente, échange, ou inféodation⁷ ». Malgré ces atténuations la jurisprudence du parlement de Toulouse était critiquée même par les auteurs des pays de Droit Écrit :

1. Furgole, *Ord. sur les donations*, sur l'art. XIII.

2. « Telle est l'usage des pays de Droit Écrit, dit Eusèbe de Laurière, car iceluy qui y fait une institution d'héritier par contrat de mariage promet tacitement de conserver tous ses biens, et comme il cesse par sa promesse d'en être le maître, il ne peut plus en disposer, si ce n'est pour des nécessités très urgentes ou pour l'utilité de l'héritier » (Eusèbe de Laurière, *Traité des institutions contractuelles*, préface, page 3 (Paris, 1712, 2 vol. in-12)).

3. Toulouse, 1^{er} mars 1580.

4. Toulouse, décembre 1549.

5. D'Espeisses et les sources à l'appui : *Des contrats*, part. 1, tit. 14; *Des donations*, p. 429.

6. Anouilh, *loc. cit.*, p. 322.

7. D'Espeisses, *loc. cit.*

« la décision des auteurs du parlement de Toulouse en cette matière, dit Furgole, n'est pas juridique indistinctement et, dans tous les cas, parce que l'institué est vrai héritier, qu'il représente le défunt en l'état où il était au moment de sa mort et qu'il est tenu et garant de ses faits et promesses ¹. »

Le Code Civil, en rétablissant l'institution contractuelle ², ou contrat de mariage, bien qu'il l'ait classée parmi les donations entre vifs, a définitivement condamné la théorie des parlements de Droit Écrit : « la donation, dit l'article 1083, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. »

§ VI. — Partage d'ascendant.

Aujourd'hui le partage d'ascendant rentre, en ce qui concerne sa forme, dans la classe des donations entre vifs ou dans celle des testaments ³. Dans l'ancien droit, le partage d'ascendant était une institution à part, ayant non seulement des règles de fond particulières, mais encore une forme propre très simplifiée.

A ce double point de vue, le partage d'ascendant n'avait aucun trait de ressemblance avec la donation entre vifs. On pouvait le rapprocher de la donation à cause de mort : comme elle, il ne contenait pas d'institution d'héritier ⁴, comme elle, il était révocable. Cependant on le considérait plutôt comme une disposition testamentaire, ou même comme un règlement de la succession *ab intestat* : « les dispositions par lesquelles les ascendants partagent leurs biens entre leurs enfants et descendants, disait Furgole, ne sont pas

1. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, sur l'article 13.

2. Supprimée par la loi du 17 nivôse an II. Le nom même de l'institution contractuelle n'a pas reparu, car le Code n'emploie plus l'expression d'*institution contractuelle*, mais celle de *donation des biens* qu'on laissera au jour de son décès (art. 1082 C. Civ.)

3. Art. 1076 Code Civil. Ces partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testamentaires.

4. Dans le partage l'institution des enfants n'est pas nécessaire et elle l'est dans le testament entre enfants. D'Espiard sur Lebrun, *Des successions*, livre IV, ch. 1, n° 8.

proprement des testaments et sont considérées comme des dispositions *ab intestat* ¹ ». Il est d'ailleurs à remarquer que c'est l'ordonnance de 1735 sur les testaments, et non l'ordonnance de 1731 sur les donations, qui réglementa les formes du partage d'ascendant et que, précisément, pour ces formes l'ordonnance renvoyait aux formes mêmes du testament *inter liberos*, acte notarié reçu par deux notaires ou un notaire et deux témoins, acte sous seing privé écrit, daté et signé par l'ascendant ².

Les partages d'ascendants ont été usités dans un grand nombre de pays de Droit Écrit. Cette institution était en effet d'origine romaine. Justinien en fixa le premier exactement les formes ³, il décida que le père de famille mettrait lui-même sa suscription ou ferait apposer celle de tous ses enfants copartagés. Du reste, il n'exigea aucune autre formalité, il n'était pas nécessaire que le père écrivît de sa main le partage comme on l'avait décidé pour le testament *inter liberos*. Quatre règles caractérisaient surtout le partage d'ascendant romain : le droit de faire un partage appartenait aux seuls ascendants ; l'inégalité dans la répartition n'était pas interdite ⁴ ; l'omission d'un enfant ne faisait pas annuler le partage, l'enfant omis conservait seulement le droit de demander sa légitime ⁵ ; il n'était pas nécessaire que tout le patrimoine fût distribué ⁶. Les pays de Droit Écrit adoptèrent les règles romaines. La théorie du partage d'ascendant se trouvait toutefois souvent compliquée par suite d'une confusion entre le partage proprement dit et le testament *inter liberos*, confusion qui s'explique d'ailleurs par ce fait que Tribonien, en transcrivant dans le Code de Justinien la loi première au Code Théodosien au titre *familix erciscundæ*, a eu le tort d'altérer le texte de Constantin et de mêler le partage avec le testament ⁷.

Le partage d'ascendant était moins répandu dans les pays

1. Furgole, *Des testaments*, tome III, ch. VIII, sect. I, n° 142. Paris, 1775.

2. *Ord. de 1735*, art. 15. 16. 17. 18.

3. Nov. 407, ch. III.

4. 8. Cod. de *inoff. testamento*, 3. 28.

5. Furgole, *Des testaments*, ch. VIII, sect. I, n° 149.

6. Nouvelle 18, ch. VII.

7. Grenier, *Traité des donations*, Discours historique, p. 134. Furgole a rétabli le texte de Constantin en distinguant les additions de Tribonien. Furgole, *Des testaments*, ch. II, sect. I, n° 40.

coutumiers que dans les pays de Droit Écrit, ce qui tient à son origine romaine et aussi à l'usage de la démission de biens qui, comme nous le verrons, remplissait à peu près le même but. Furgole nous cite cependant plusieurs coutumes où le partage d'ascendant était spécialement autorisé, celles de Bretagne, du Poitou, du Bourbonnais, du Nivernais, d'Amiens, de Bourgogne, de Péronne, de Montdidier, etc.; il ajoute : « parmi ces coutumes, les unes exigent la survie de 40 jours, les autres de 20 jours seulement; les actes de partage sont autorisés dans certaines entre nobles et roturiers indistinctement, d'autres ne les autorisent qu'entre nobles; les unes ne le permettent qu'entre enfants et les autres même entre collatéraux; il y en a qui exigent le consentement des enfants pour faire valoir le partage et les autres n'exigent pas ce consentement¹. » Il faut mentionner aussi que, dans les coutumes où les parents ne peuvent avantager leurs enfants, l'un plus que l'autre, l'égalité doit être observée d'une façon rigoureuse dans le partage. D'une façon générale on peut dire que ce qui distinguait le partage d'ascendant coutumier du partage d'ascendant du Droit Écrit, c'était l'obligation de comprendre dans le partage tous les biens composant le patrimoine à l'époque de la rédaction et tous les descendants existant au décès de l'ascendant.

Le Code Civil a adopté sur le premier point le système du Droit Écrit, l'ascendant peut partager entre vifs ou par testament, soit la totalité soit une partie quelconque de ses biens², et, sur le second, le système du droit coutumier, le partage doit être fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux qui sont prédécédés³.

SECTION II

Types de donations en usage dans les seuls pays coutumiers, et non usités dans les pays de Droit Écrit.

§ I. — La Démission de biens.

Il n'existe qu'une seule variété de libéralité qui soit restée

1. Furgole, *loc. cit.*, ch. VIII, sect. II, n° 154.

2. Code Civil, art. 1077.

3. Code Civil, art. 1078.

inconnue dans les pays de Droit Écrit et qu'on ne rencontre que dans les pays coutumiers, la *démission de biens*. Encore cette libéralité n'a-t-elle pas les caractères bien précis d'une donation.

Pothier définit la démission de biens « un acte par lequel une personne, anticipant le terme de sa succession, se dépouille, de son vivant, de l'universalité de ses biens et en saisit d'avance ses héritiers présomptifs, en retenant néanmoins le droit d'y rentrer lorsqu'elle le jugera à propos¹ ».

Il résulte de cette définition que la démission de biens ne pouvait certainement pas être classée parmi les donations entre vifs, la possibilité de révocation qu'elle contenait s'y opposait. Elle n'était donc point soumise aux formes rigoureuses de ce genre de libéralité et la seule acceptation du gratifié dans un acte quelconque y était suffisante².

La démission de biens se rapprochait de la donation à cause de mort ; elle était révocable et il était nécessaire que le démissionnaire survécût au démettant³. Néanmoins l'assimilation entre la donation à cause de mort et la démission de biens était loin d'être complète. La démission était en effet considérée comme « l'exécution anticipée des successions »⁴. En conséquence, elle devait être de l'universalité du patrimoine et non de choses particulières⁵ : elle ne pouvait être faite qu'au profit de tous les héritiers présomptifs du démettant⁶ et pour les parts auxquelles ils devaient être appelés⁷ au jour du décès. De même, c'était à la mort du démettant seulement que se trouvaient fixés les droits des héritiers gratifiés : alors pouvait s'exercer leur faculté de renonciation, d'acceptation pure et simple ou sous bénéfice d'inventaire, alors naissaient entre eux les actions pour garantie ou relatives au partage⁸. Or, tous ces caractères sont étrangers à la donation à cause de mort.

1. Pothier, *Œuvres*, tome I, p. 530. *Introduction au titre 17 de la Cour d'Orléans*, appendice § 1 : des démissions de biens, n° 1.

2. Boullenois, *Questions sur les démissions de biens*, quest. préliminaire, p. 26.

3. Boullenois, *loc. cit.*, quest. 15, p. 232.

4. Pothier, *loc. cit.*, n° 4-5.

5. Boullenois, quest. 3, page 55.

6. Boullenois, quest. 1, page 58.

7. Boullenois, *loc. cit.*, quest. 7, p. 169.

8. Boullenois, quest. 8, p. 187.

La démission de biens ne se confondait pas davantage avec le partage d'ascendant : son effet était immédiat au lieu d'être reporté au décès et le démettant abandonnait, de son vivant, l'universalité de ses biens à ses héritiers présomptifs¹. Sa sphère était plus générale ; la démission de biens pouvait être faite par toute personne ayant des héritiers et non pas les seuls ascendants.

En un mot, la démission de biens était, comme l'institution contractuelle, un de ces actes que Furgole qualifiait d'« *amphibie* ». « La démission, disait Boullenois, considérée par rapport au démettant, est une espèce de donation à cause de mort, considérée par rapport aux démissionnaires, c'est une succession anticipée, une saisine actuelle d'une succession qui ne doit écheoir que dans l'avenir, enfin, par rapport aux créanciers du démettant et autres tierces personnes, c'est un contrat, un acte translatif de propriété². »

Nous avons dit que la démission de biens était en vigueur seulement dans les pays coutumiers. « Cette manière de disposer, constatait Furgole, par laquelle on défère la succession par anticipation, est purement de droit français³. » On comprend du reste son utilité dans les pays coutumiers où la donation à cause de mort n'était pas usitée ; elle permettait à un homme âgé de se décharger de la gestion de ses biens en faveur de ses descendants, sans avoir à craindre leur ingratitude, puisqu'il restait le maître de reprendre ce qu'il avait donné. Elle ne faisait pas échec à l'idée de protection de la famille qui avait contribué à proscrire dans les pays de coutume la donation à cause de mort, puisque précisément elle ne pouvait avoir lieu qu'en faveur des héritiers.

On s'explique au contraire que la démission de biens n'ait pas été pratiquée dans les pays de Droit Écrit où la donation à cause de mort permettait d'arriver aux mêmes résultats. Ce n'est pas que la démission de biens y fût totalement inconnue : Furgole affirme qu'elle était autorisée, bien qu'assez rare, et il cite notamment une démission de tous les biens présents et à venir, sous réserve d'une pension, faite dans le

1. Boullenois, quest. préliminaire, pp. 27-28.

2. Boullenois, préface, page 9.

3. Furgole, *Des testaments*, ch. viii, sect. 1, n° 168.

ressort du Parlement de Toulouse, longtemps avant l'ordonnance de 1731, et jugée valable dans une consultation d'avocats de 1741 ¹. Mais, en réalité, la libéralité, ainsi qualifiée démission de biens, n'a de l'institution coutumière que le nom; au fond, c'est une donation à cause de mort ou une donation entre vifs. Il suffit, pour s'en convaincre, de relire ce que dit Furgole lui-même sur les caractères de la démission de biens dans les pays de Droit Écrit : « Dans ces pays, on n'a coutume ni usage, du moins au Parlement de Toulouse, qui fasse des démissions un genre particulier de disposer; cependant elles y sont autorisées, elles peuvent être faites en la forme des donations à cause de mort ou bien par donation entre vifs. Dans le premier cas, elles ne constituent pas une espèce de disposition différente de la donation à cause de mort, et elles doivent être réglées par les maximes établies pour les donations à cause de mort; et il *ne peut y avoir d'autre différence*, si ce n'est que communément la tradition n'intervient pas dans la donation à cause de mort et que le donateur retient communément la propriété et la possession des biens, au lieu que, dans les démissions, la possession est transférée au démissionnaire, mais non la propriété. Quand la démission est faite par donation entre vifs et irrévocable, elle doit aussi être réglée par les maximes des donations entre vifs. Voilà pourquoi elle devra être expressément acceptée et insinuée ². »

Bien que l'ordonnance de 1731 gardât le silence sur la démission de biens, Pothier la considérait encore comme permise ³. Mais cette institution n'a pas reparu dans le Code Civil ⁴. Toutefois, il serait inexact de voir, dans cette différence entre le Code et les coutumes, l'influence de la théorie des pays de Droit Écrit. C'est par suite de l'incertitude qu'apportait au régime de la propriété la faculté de révocation contenue dans la démission de biens, c'est-à-dire précisément par suite du caractère qui la rapprochait de la donation à cause de mort usitée dans les pays de Droit Écrit, que les ré-

1. Furgole, *Des testaments*, loc. cit., nos 170-171.

2. Furgole, loc. cit., nos 170-171.

3. Pothier, loc. cit., n° 2. « Ces démissions ne sont pas tant une troisième espèce de donation qu'une simple exécution anticipée de la loi de succession. »

4. Code Civil, art. 893, 1076.

dacteurs du Code ont écarté cette institution. « C'était, disait le rapporteur du titre des donations, laisser dans les pactes de familles une incertitude qui causait les plus graves inconvénients. Le démissionnaire qui avait la propriété sous la condition de la révocation se flattait toujours qu'elle n'aurait pas lieu. Il traitait avec les tiers, il s'engageait, il dépensait, il aliénait; et la révocation n'avait presque jamais lieu sans des procès qui empoisonnaient le reste de la vie de celui qui s'était démis¹. »

SECTION III

Types de donations en usage dans les seuls pays de Droit Écrit et non usités dans les pays coutumiers.

Trois variétés importantes de donations en vigueur, dans les pays de Droit Écrit, ont été interdites plus ou moins complètement dans les pays coutumiers : la donation à cause de mort, la donation de biens à venir, la donation universelle.

En réalité, cette différence, en elle-même déjà fort considérable, entre les pays de Droit Écrit et les pays coutumiers, n'était que le résultat d'une divergence plus profonde et plus générale sur la nécessité et l'étendue du dessaisissement du donateur, divergence dont nous retrouverons d'autres manifestations à propos de la forme et de la révocation des donations, et qu'il nous sera alors plus facile d'étudier dans ses origines et dans ses conséquences. Il nous suffit ici de constater que les pays de droit coutumier, dominés par les rigueurs de la règle *donner et retenir ne vaut*, devaient naturellement proscrire toute donation qui, directement ou même indirectement, n'emportait pas dessaisissement actuel et définitif du donateur, par conséquent la donation à cause de mort où la faculté de révocation était expresse, la donation de biens à venir où le donateur ne pouvait se dessaisir d'un droit qu'il n'avait pas encore et gardait le pouvoir de modifier le patrimoine donné, la donation universelle ou à titre uni-

¹. Exposé des motifs de la loi relative aux donations. Bigot-Préamneux, § 84.

verselle qui, en soi, supposait une donation de biens à venir.

Au contraire, les pays de Droit Écrit, pénétrés du droit nouveau de Justinien favorable à la donation purement consensuelle, libres du rigorisme de la règle *donner et retenir ne vaut*, n'avaient nulle raison de se montrer aussi exigeants, alors surtout que la donation à cause de mort pouvait, comme nous le verrons, leur rendre de signalés services.

§ I. — Donation à cause de mort.

La donation à cause de mort passa tout naturellement avec les usages romains dans les mœurs des Gallo-Romains du Midi. On en trouve la preuve dans le Code promulgué par Alaric pour ses sujets romains. Le bréviaire d'Alaric mentionne expressément la donation à cause de mort au titre des donations.

L'*interpretatio* surtout s'étend longuement sur la définition de la donation à cause de mort: *mortis causa donatio est, ubi donator, dum advixit, rem quam donat sibi reserrat, scribens: si prius mortuus fuero quam tu, res mea ad te perveniat, ut postea ad illum, cui donat, non ad heredes donatoris res donata perveniat. Quod si prius moriatur, cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris*¹.

Toutefois, malgré l'influence fort considérable du bréviaire d'Alaric, il ne semble pas que la donation à cause de mort soit entrée dans les habitudes des barbares conquérants. La loi barbare des Wisigoths mentionne une espèce de donation révocable *ad nutum*², mais la loi s'attache surtout au fait de la réserve d'un enfant par le donateur, réserve qui peut exister dans la donation à cause de mort du droit romain, mais qui n'en est nullement une condition essentielle. De plus, le caractère principal de la donation à cause de mort, la révocation par le seul fait du prédécès du donataire, ne ressort pas du texte: *qui vero sub hac occasione largitur, ut eandem rem ipse qui donat usufructuario jure possideat et ita post eius mortem ad illum cui donaverit res donata per-*

1. *Lex Romana Wisigoth.*, lib. VIII tit. v, l. I, éd. Hanel, p. 156.

2. *Leg. Wisigoth.* livre 5, titre II, § 6, *de rebus traditis vel per scripturam donatis*. Walter, *Corpus Juris Germanici antiqui*, tome I, p. 516.

*tineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam quando voluerit, etiamsi nullo læsum fuisse se dixerit*¹. Il est vrai qu'immédiatement avant la loi fait du décès du donataire une cause de révocation: *quod si ipsum, cui res donatæ fuerant fatalis casus ab hac vitâ subduxerit, antequam rem sibi donatam caperet, ad donatorem vel ad heredes donatoris res ipsa pertineat*; seulement cette révocation, qui paraît affecter toutes les donations, n'est pas subordonnée au prédécès du donataire avant le donateur, mais au décès du donataire avant sa prise de possession des objets donnés. En tous cas, le Papien, qui pourtant est une loi destinée aux sujets romains des rois bourguignons, mais plus pénétrée des coutumes barbares que le bréviaire d'Alaric, et la loi Gombette² ne font aucune allusion à la donation à cause de mort.

Les Cartulaires, si riches en donations faites en vue du décès³ ne nous fournissent en réalité presque aucun exemple de donation à cause de mort. Le donateur n'envisage pas la possibilité du décès du donateur; en outre, il s'interdit généralement sous les peines les plus sévères de révoquer la donation. Nous ne devons pas toutefois oublier, pour apprécier la valeur de ce silence des Cartulaires au point de vue de l'usage des donations à cause de mort, que les donations sont faites non plus à des individus, mais à des établissements religieux. L'idée de révocation par le prédécès du donataire, essentielle à la donation à cause de mort, n'a donc pas sa place dans ces libéralités faites à des corps moraux envisagés naturellement par le donateur comme perpétuels.

Les recueils de formules mentionnent bien des donations *post obitum*⁴, mais elles ne correspondent pas aux donations *mortis causa*. La faculté de révocation, loin d'être réservée au donateur, lui est au contraire tout spécialement interdite :

1. Leg. Wisigoth., l. 5. t. 2. § 6.

2. On peut consulter notamment la *lex Romana Burgondiorum*, tit. 22. de *donationibus*, le *liber legum Gundebati*. tit. 43, et l'index alphabeticus de Pertz. *Monumenta Germaniæ historica*, tome III, pp. 550. 610. 626.

3. Les chartes abondent en formules de ce genre : *audientes scripturam dicentem mundum transire* (ann. 1014. Cart. de Saint-Victor, n° 43). *Appropinquante mundi termino* (anno 1002, Dom Vaissette, *Histoire du Languedoc*, t. II, preuves, p. 156). *Cogitavimus de æterna retributione* (ann. 918. Cart. de Savigny, n° 5). *Ne mors repentina aliquem imparatum inveniat* (ann. 887. Cart. de Beaulieu, n° 165).

4. De Rozière, *Recueil général des formules. Donationes post obitum*, formules CCXII à CCXVIII.

*per hanc epistolam donationis donamus donatumque in perpetuum esse volumus, ea scilicet ratione ut, dum pariter advivimus, antedictas villas sub uno beneficio tantummodo absque ullo præiudicio vel diminutione aliqua ipsius monasterii possideamus, nisi tantum si aliquis ex servientibus nostris a iugum servitutis pro commune mercede relaxare voluerimus*¹. Il n'apparaît pas non plus que l'hypothèse du prédécès du donataire ait été envisagée². Les donations *post obitum* ne sont que de simples donations entre vifs avec réserve d'usufruit.

La renaissance du droit romain vint multiplier les donations à cause de mort dans les pays de Droit Écrit. Dès le ^{xiii}e siècle, Durandi, qui fait un livre de pratique³, constate que cette forme de donation est souvent employée: *quia quis sæpe donat mortis causa*⁴. A partir de ce moment, l'usage de la donation à cause de mort se répand de plus en plus dans le Midi.

La donation à cause de mort présentait, dans ces contrées régies par les principes du droit romain, des avantages très appréciables sur le testament. Elle évitait la nécessité de l'institution d'héritier⁵, l'obligation d'instituer ou d'exhérer pour une juste cause les descendants⁶; elle était permise aux fils de famille, auxquels le testament était interdit, avec l'autorisation de leur père⁷. A la différence de la donation

1. De Rozière, *loc. cit.*, form. CCXV.

2. Notamment dans la formule CCXVI des *donationes post obitum* du recueil de M. de Rozière, la seule qui soit faite en faveur d'un particulier.

3. Le livre de Durandi était adopté dans la pratique de tous les pays où le droit romain était en vigueur. Il a été composé vers 1250-1260. M. Larnau, *Etude sur la publicité des donations*, p. 115.

4. Durandi, *Speculum Juris*, livre III, part. II, de *Instrum.* édit. § porro, n° 14, t. I, p. 149.

5. L'institution d'héritier dans le testament était généralement indispensable en pays de Droit Écrit comme à Rome. Elle n'était pas nécessaire à Montpellier, *Thalamus parvus*, 56, p. 30, ni à Toulouse, art. 123 B. Coutume de Toulouse, édit. Tardif, p. 57.

6. Il est vrai que cette obligation était de pure forme dans plusieurs coutumes de Droit Écrit : à Toulouse, il suffisait que le père laissât à son enfant cinq sous pour éviter toute réclamation contre son testament. Cout. de Toulouse, art. 123 C. édit. Tardif, p. 58. Les coutumes d'Alais (et de Montpellier se contentaient aussi de l'institution de l'enfant pour une somme des plus modiques. *Thalamus parvus*, art. 56, p. 30, 2° cout. d'Alais, art. 11. Ch. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge*, t. I, p. 47.

7. *Quia quis sæpe donat causa mortis quia cum sit filius familias testari non potest.* Durandi, *Speculum juris*, l. II, part. II, de *instrum.* édit. § porro, n° 14, t. I, p. 148.

entre vifs, elle n'était pas soumise à l'insinuation ¹ ; la nécessité de l'acceptation y était moins rigoureuse et le notaire pouvait accepter pour son client ². Ces divers motifs, auxquels il faut joindre la faculté de révocation, faisaient, dans bien des cas, préférer la donation à cause de mort aux autres modes de disposer à titre gratuit.

Tout autre est l'histoire de la donation à cause de mort dans les pays coutumiers. Contre elle, milite la distinction fondamentale qui domine, dans les pays coutumiers, toute la matière des libéralités : c'est le propre du testament d'être révocable, c'est l'essence de la donation d'être irrévocable. Or la donation à cause de mort bouleverse toute cette économie. « Pour mon particulier, s'écrie Ricard, je ne puis approuver aucune de ces opinions (qui cherchent par des biais à autoriser la donation à cause de mort dans les pays coutumiers) et je crois qu'elles sont contraires à nos coutumes, à notre usage, à la raison, aux arrêts de la Cour et à la disposition même du Droit Écrit, estimant qu'aux termes de nos coutumes nous ne devons admettre que la donation entre vifs et le testament, que ces deux espèces de dispositions ne peuvent être, en façon quelconque, converties l'une en l'autre ³ ».

Il faut ajouter que les formalités prescrites par les coutumes pour les testaments auraient été bien inutiles si les parties avaient pu les éluder en recourant à la donation à cause de mort. « Vraiment, continue Ricard, il y aurait eu beaucoup de simplicité dans ceux qui se sont mis en peine de faire des testaments depuis la réformation de la coutume, parce qu'ils auraient eu en main une voie plus facile, par le moyen des donations à cause de mort, à l'égard de laquelle on ne pouvait pas manquer de réussir, vu qu'il ne les assujettissent à aucune loi ⁴ ». D'ailleurs l'utilité de la donation à cause de mort ne se faisait pas sentir en

1. Henrys, *Supplément aux œuvres de Claude*, t. IV, des donations, liv 1, ch. vi, n° 8. D'Espeisses (*Œuvres d'Antoine*), t. I, des contrats, part. I, tit. XIV; des donations, sect. II, n° 1.

2. d'Espeisses, *loc. cit.* n° 4, quinto. Ferrerius sur *Guido Papa*, quest. 222.

3. Ricard, *Des donations*, t. I, 1^{re} partie, ch. II, n° 43.

4. Ricard, *loc. cit.*, n° 65.

pays coutumier, puisque le fils de famille pouvait tester ¹.

Ainsi les principes coutumiers étaient défavorables à la donation à cause de mort. Quelques coutumes, il est vrai, l'autorisaient expressément ², mais d'autres la défendaient formellement ³; plusieurs mentionnaient l'expression donation à cause de mort, mais seulement comme synonyme de testament ⁴; d'autres enfin gardaient le silence sur cette libéralité ⁵. Au fond, la tendance générale des coutumes était d'absorber la donation à cause de mort dans le testament ⁶. Cette tendance est importante à constater, car elle a fini par prévaloir et la théorie coutumière s'est imposée aux pays de Droit Écrit.

Déjà Lamoignon, dans ses *Arrêts*, imposait à la donation à cause de mort les formes du testament et cela aussi bien pour les pays de Droit Écrit que pour les pays coutumiers, puisqu'il se proposait, comme il le dit lui-même, « de donner autant qu'il se pourra, une loi générale à toute la France ». L'article 67 du titre du testament proposé par les *Arrêts* est en effet ainsi conçu : Donation à cause de mort faite en autre forme que le testament est nulle ⁷.

L'ordonnance de 1731 reprit l'idée de Lamoignon : « toutes les donations à cause de mort, dit l'article III, à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet, dans les païs mêmes où elles seront expressément autorisées par les lois ou les coutumes, que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les testaments ou les codicilles; en sorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos États que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre vifs et l'autre celle des testaments et des codicilles. »

1. Furgole, *Des testaments*, t. I, ch. iv, sect. II, n° 47.

2. Cout. du Nivernais, ch. xxvii, art. 4. Auvergne, ch. xiv, art. 12.

3. Cout. de Blois, art 40 : donation pour cause de mort ne vaut rien.

4. C'est notamment le sens donné par Ricard à l'art. 277 de la coutume de Paris. Ricard, *loc. cit.*, n° 63-64.

5. Par exemple la coutume de Bourgogne.

6. « Pour ce qui concerne notre pays coutumier, nos coutumes, pour la plus grande partie, n'ont point établi de donations à cause de mort distinctes des testaments. » Ricard, *loc. cit.*, n° 37.

7. *Recueil des arrêts de M. le Premier Président de Lamoignon*, tit. XLVII, des testaments, art. LXVII, p. 302.

La rédaction du texte put faire croire un instant que l'ordonnance avait été plus loin que les arrêtés de Lamoignon et que la donation à cause de mort n'était pas seulement assimilée au testament au point de vue des formes extérieures, mais définitivement supprimée. « Dès aussitôt que l'ordonnance du mois de février 1731 eut paru, écrit Furgole, plusieurs personnes, même des magistrats et des avocats fort éclairés, crurent que l'usage de disposer par donation à cause de mort avait été interdit à cause que l'article III porte « en sorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos États que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre vifs et l'autre celle des testaments et codicilles ¹. »

Les parlements de Droit Écrit s'émurent de cette interprétation qui aurait modifié si gravement le régime des libéralités dans leur ressort. On retrouve la trace de ces alarmes dans les observations ou même dans les remontrances que firent parvenir au roi les parlements de Grenoble, de Bordeaux, de Toulouse ². Ces incertitudes furent d'ailleurs de peu de durée, car le chancelier d'Aguesseau, auteur principal de l'ordonnance, prit soin de déterminer lui-même, dans une circulaire adressée aux parlements, le sens du texte cause de ces difficultés : « la portée de l'article 3 (de l'ordonnance), écrit-il, n'a rien qui doive alarmer (le parlement); il y a trois choses à distinguer dans les donations à cause de mort : 1^o la capacité du donateur ou du donataire; 2^o la substance ou le fond des dispositions de l'acte; 3^o la forme ou la solennité extérieure dont il doit être revêtu. De ces trois choses, les deux premières ne sont point l'objet de l'article 3 qui n'a rien innové, ni même décidé à cet égard et la dernière est la seule que le Roi ait eue en vue dans cet article.

« Sa Majesté n'a donc jamais pensé à ôter au fils de famille la liberté de faire des donations à cause de mort, avec la permission de son père. Elle a voulu seulement les assujettir à suivre la forme extérieure des codicilles, quand ils

1. Furgole, *Traité des testaments*, ch. xiv, n^o 2.

2. Remontrances du parlement de Grenoble. Lettre de d'Aguesseau du 19 mai 1731; de Bordeaux, lettre du 25 juin 1731; de Toulouse, lettre du 30 juin 1731. Œuvres complètes de d'Aguesseau. Edit. Pardessus, t. XII, pp. 299. 312. 325.

useraient de cette liberté, c'est-à-dire à appeler cinq témoins et les termes de l'article 3, qui tombent évidemment sur la seule forme extrinsèque de l'acte, ne doivent vous laisser aucun doute sur le véritable esprit de cet article qui a été, encore une fois, non pas d'empêcher les fils de famille de faire des donations, à cause de mort et de leur permettre de faire des codicilles, mais seulement de les assujettir, en faisant ces sortes de donations à les revêtir de ce que je viens d'appeler la forme extrinsèque des codicilles ¹. »

La donation à cause de mort amoindrie continua donc d'être en usage ² dans les pays de Droit Écrit jusqu'au Code Civil. Seulement ses formes propres ayant été supprimées, il fallut pour la reconnaître s'attacher davantage aux questions de fait et d'intention.

La législation du Code Civil sur les testaments fit disparaître les quelques motifs qui expliquaient encore cette survivance de la donation à cause de mort : la nécessité de l'institution d'héritier n'existe plus dans les testaments et rien ne s'oppose à ce que le fils de famille puisse faire des dispositions testamentaires.

N'ayant plus d'utilité, la donation à cause de mort disparut ³ avec si peu de bruit que sa suppression n'a laissé d'au-

1. Lettre au parlement de Grenoble. D'Aguesseau, *loc. cit.*, pp. 299-300.

2. La même difficulté s'éleva, paraît-il, après l'ordonnance de 1735 dans les rares pays de coutumes qui admettaient la donation à cause de mort. L'art. 22 portait en effet : « dans tous les pays où les formalités établies par le Droit Écrit pour les dispositions de dernière volonté ne sont pas autorisées par les lois, statuts ou coutumes, il n'y aura à l'avenir que deux formes qui puissent avoir lieu pour les dites dispositions, savoir : celles des testaments, codicilles ou autres dispositions olographes suivant ce qui est porté à cet égard par les art. précédents et celles des testaments, codicilles ou autres dispositions reçues par personnes publiques selon ce qui sera prescrit ci-après : *abrogeons toutes autres formes de disposer à cause de mort* dans lesdits pays. Cette difficulté fut résolue par la même distinction qu'en 1731. L'ordonnance n'abroge pas les genres de dispositions autres que les testaments ou codicilles, mais les *autres formes* qu'on pourrait employer pour les donations à cause de mort. Furgole, *Traité des testaments*, ch. xiv, n° 3.

3. Nous adoptons l'opinion universellement admise que la donation à cause de mort a définitivement disparu non seulement au point de vue de la forme, mais en tant qu'institution. Demolombe et les sources citées par lui : *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. I, § 39. Merlin a soutenu que la donation à cause de mort subsistait encore dans une certaine mesure : « sans doute, il n'y a plus de distinction entre les testaments et les donations à cause de mort, en ce sens qu'il n'y a plus de manière de disposer par donation à cause de mort, distincte de celle du testament. Mais à cet égard le Code Civil n'introduit point une innovation, il ne fait que renouveler la disposition de l'art. 3 de l'ordonnance de 1731, etc. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, t. III, v° *Donations*, § 4, p. 456. Toullier, *le Droit civil français*, livre III, tit. 2, ch. 1, n° 41.

tre trace que quelques mots des rédacteurs du Code¹, la loi elle-même s'étant contentée de l'abroger par préterition : « on ne pourra, dit l'article 893 du Code Civil, disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre vifs ou par testament ». Aujourd'hui « la théorie du Code est celle-ci : les règles sur les donations entre vifs et les testaments prévoient tous les cas possibles. L'expression « donation à cause de mort » n'est plus juridique, elle est effacée de la langue du droit moderne ; il ne faut donc ni s'en effrayer ni s'en prévaloir. Quelqu'espèce qui se présente, les tribunaux devront la résoudre par les principes propres à la donation entre vifs ou aux testaments, suivant la forme extérieure que la libéralité aura empruntée² ». Ainsi s'est achevé ce long travail d'unification entre la donation à cause de mort et les legs qui avait commencé déjà dans le droit de Justinien, que l'influence coutumière avait puissamment aidé, et que l'ordonnance de 1731 avait réalisé en partie ; ainsi, sans opposer de difficultés et, semble-t-il, sans éprouver de regrets, les contrées comprises dans les limites des pays de Droit Écrit ont vu disparaître une des formes de libéralités qu'elles avaient empruntée au droit romain et maintenue si longtemps en usage.

§ II. — Donation de biens à venir. — Donation de biens présents et à venir. — Donation universelle et à titre universel

La donation de biens à venir ne rencontrait aucune difficulté dans les pays de Droit Écrit³. Le droit romain qu'on y suivait n'était plus celui que nous avons étudié avant Justinien et qui exigeait, pour la perfection de la donation, l'exécution applicable seulement à des biens existants. Depuis

1. « On pourra disposer de ses biens à titre gratuit, disait le tribun Jaubert, mais ce ne sera que par donation entre vifs ou par testament. La distinction des dispositions de dernière volonté en testaments, codicilles ou donations à cause de mort, ne subsistera plus ; on ne reconnaîtra qu'une seule espèce de disposition de dernière volonté, elle s'appellera testament. » Fenet, t. XII, p. 578. Dans le même sens : Malleville, *Analyse de la discussion du Code Civil*, t. II, p. 354.

2. Bauby, *De la donation à cause de mort sous le Code Napoléon. Revue critique de législation*, 1856, p. 250.

3. Sauf bien entendu si elle était de tous les biens présents et à venir sans aucune réserve. L'interdiction de la donation, dans ce cas, ne tenait pas au fait qu'elle se composait de biens à venir, mais avait pour but de conserver au donateur le droit et la possibilité de tester.

longtemps, comme nous le verrons, les théories de Justinien sur la forme des donations avaient pénétré dans les pays de Droit Écrit : « la donation, dit Furgole, étant parfaite par la seule stipulation ou par le simple pacte sans tradition de fait ni de droit, les biens à venir pouvaient faire la matière de la donation, comme de la stipulation ou du pacte, tout de même que les biens présents ¹. »

Dans les pays coutumiers, au contraire, les donations de biens à venir se heurtaient à la maxime *donner et retenir ne vaut* à un double point de vue : d'une part la tradition, même par voie feinte, y était impossible, une personne ne pouvant faire la délivrance d'une chose qu'elle n'a pas ²; d'autre part l'irrévocabilité y était illusoire, le donateur conservant, après chaque nouvelle acquisition, la faculté d'aliéner la chose acquise et de la charger de ses dettes ³. La nullité de la donation de biens à venir était donc généralement admise dans les pays coutumiers ⁴. La jurisprudence du Parlement de Paris était fixée dans ce sens depuis deux arrêts célèbres des 3 février 1713 et 31 août 1716 ⁵.

Néanmoins quelques auteurs soutenaient que ces donations pouvaient valoir comme donations à cause de mort, quoiqu'elles ne fussent pas revêtues des formalités des testaments ⁶. Aussi Ricard, après avoir longuement insisté sur la nullité des donations de biens à venir, ajoutait-il cette prudente restriction : « Néanmoins, je suis obligé d'avertir pour l'usage présent que comme le nombre de ceux qui ne se donnent pas la peine de pénétrer les questions jusque dans leur source est infiniment plus grand que celui des autres, on ne peut pas s'assurer que l'opinion contraire ne prévale pas dans les contestations particulières qui s'en présenteront,

1. Furgole, *Ordonnance de Louis XV sur les donations*, art. 15. Dans le même sens de Cambolas, *Décisions notables sur diverses questions de droit*, etc., livre V, ch. 35, n° 2. de la Rocheflavin, *Arrêts notables du parlement de Toulouse*, livre VI, tit. 40, art. 1, arr. 22.

2. Ricard, 1^{re} partie, ch. iv, sect. II, dist. II, n° 1009.

3. Arrêt de la Grand'Chambre, 23 février 1608, déclarant valable « les achats, ventes et dettes créés par le donateur de biens à venir depuis la donation faite. » Ricard, *loc. cit.*, n° 1010.

4. Sauf, comme nous le verrons, en contrat de mariage.

5. Note de Bergier sur le numéro 1013 des œuvres de Ricard, éd. de Riom, 1783.

6. Furgole, *loc. cit.*

jusqu'à ce que les véritables raisons aient été relevées avec poids de force que je ne puis faire ¹ ».

A cette question de la validité des donations de biens à venir s'en rattachait une autre plus délicate : *la donation qui comprenait tout à la fois des biens à venir et des biens présents était-elle nulle pour le tout ou bien pouvait-elle être divisée; maintenue pour les biens présents, annulée pour les biens à venir?*

La question présentait peu d'intérêt dans les pays de Droit Écrit, puisque la donation de biens à venir était permise. Il fallait supposer, pour qu'elle se posât, que la donation de biens présents et à venir était atteinte de nullité comme absolument universelle et sans réserve. Dans ce cas, Furgole admettait que la nullité « qui tombe sur une partie de la donation n'influe pas sur ce que les lois laissent subsister ». Il paraît que le Parlement de Paris jugeait dans ce sens pour les pays de Droit Écrit de son ressort ². Mais le Parlement de Toulouse prononçait la nullité totale de la donation ³.

Dans les pays coutumiers, au contraire, la question était fort importante par suite de la nullité des donations de biens à venir; mais, en même temps, fort discutée. Trois théories se partageaient la faveur des jurisconsultes. Les uns divisaient la donation et la validaient pour les biens présents. Ils semblent même, d'après Lebrun, « que le Palais inclinait pour ce parti, en faveur des donations et pour en assurer l'effet ⁴ ». Les autres se prononçaient pour la nullité totale ⁵. Quelques-uns voulaient résoudre la difficulté par une distinction, reposant sur l'intention présumée du donateur : « Je voudrais, disait Ricard, pour recevoir ce partage (maintien de la donation pour les biens présents, nullité pour les biens à venir) qu'il ait été stipulé qu'en cas que la donation ne pût

1. Ricard, *loc. cit.*, n° 1013.

2. Arrêts de 1702, 1716, 1718, cités par Furgole, sur l'art. 15.

3. « C'était le sentiment de votre compagnie dont l'avis porte qu'il ne faut pas être surpris si les donations dont il s'agit sont nulles, même pour les biens présents, les vices des contrats dans lesquels on blesse l'esprit et l'intention de la loi les rendant entièrement nuls. » Lettre de d'Aguesseau au parlement de Toulouse, du 30 juin 1731. Œuvres de d'Aguesseau, tome XII, p. 322.

4. Lebrun, *Traité des successions*, livre IV, ch. II, sect. II, n° 42. Arrêts des 24 mai 1718, 24 janvier 1719. Pothier, *Traité des donations entre vifs*, sect. II, n° 81.

5. Lebrun résume les raisons des deux systèmes, *loc. cit.*, n° 33-39.

valoir pour le tout, elle aurait son effet pour les biens présents, ou du moins qu'il parût, par les termes avec lesquels la donation a été conçue, que l'intention du donateur eût été d'en souffrir la division, au cas qu'elle ne pût pas subsister pour les biens à venir; sinon, et lorsque la donation des deux espèces de biens présents et à venir est tellement jointe qu'il n'y a pas lieu de présumer que le donateur se fût porté à donner l'un sans l'autre, on ne peut lui faire le préjudice de faire subsister le contrat pour les biens présents, en le cassant pour les biens à venir ¹. »

Les théories opposées des pays de Droit Écrit et des pays coutumiers sur la donation de biens à venir entraînaient une différence non moins importante au point de vue de l'usage *des donations universelles et à titre universel*.

Proscrire, comme le faisaient les pays coutumiers, la donation de biens à venir, c'était par le fait même rendre impossible la donation universelle ou à titre universel. Le successeur universel ou à titre universel ne peut être que celui qui succède à l'universalité ou à une quote-part de l'universalité des biens d'une personne. Or, cette universalité des biens, qu'on appelle le patrimoine, embrasse nécessairement toutensemble, d'une façon indivisible, les biens présents et les biens à venir ². « La donation pure entre vifs, disait Ricard, ne pouvant comprendre que les biens présents et non ceux à venir, il est impossible qu'il se rencontre un titre universel dans cette espèce de donation, l'universalité comprenant l'avenir aussi bien que le passé et tout ce qui peut appartenir dans tous les temps à une personne ³. »

Les donations dans les pays coutumiers, à l'exception des donations par contrat de mariage, qui pouvaient porter sur les biens à venir, n'étaient et ne pouvaient être, en réalité, quelque général que fût leur objet, même si elles embrassaient tous les biens présents, que des donations à titre particulier.

Les pays de Droit Écrit, admettant la donation de biens à

1. Ricard, *loc. cit.*, n° 1024.

2. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, tome III, n° 454.

3. Ricard, *loc. cit.*, tome I, 3^e partie, n° 1522.

venir, n'avaient aucune raison pour repousser la donation universelle ou à titre universel ¹. Il ne serait pas toutefois exact de dire qu'elle pouvait être absolument universelle. Les donations qui portaient sans aucune exception ni réserve sur *tout* le patrimoine présent et futur du donateur étaient nulles ² « tant, nous disent les auteurs, parce qu'elles ôtent au donateur la faculté de tester que parce qu'elles sont contre les bonnes mœurs, induisant le donataire à désirer la mort du donateur et particulièrement d'autant qu'elles contiennent une institution d'héritier qui ne peut pas être faite par contrat ³ ».

La prohibition était du reste entendue d'une façon fort peu rigoureuse : « les arrêts décidaient pour la validité de la donation, pour peu que le donateur se fût réservé quelque chose pour pouvoir en disposer par testament ⁴. » Ainsi la donation de tous les biens présents et futurs était valable si le donateur avait seulement restreint sa donation par les mots biens meubles et immeubles ⁵ « parce que, écrit d'Espeisses, bien que les dettes soient comprises en la donation de tous les biens, toutefois elles ne le sont pas en celle des biens meubles et immeubles ⁶ ». La donation universelle est encore permise, même si la chose que s'est réservée le donateur peut être facilement consommée, car il suffit, pour affirmer son droit de libre disposition, qu'il la puisse consommer et pourtant la conserve pour en disposer ⁷, même si cette réserve n'est qu'un usufruit ou une rente annuelle, car il peut, dans ces deux cas, faire des épargnes, et par là se procurer le moyen de tester ⁸. Enfin la donation entre vifs

1. Fromental, *Décisions de droit civil canonique et français*, etc., v^o *Donation*, p. 221.

2. De la Rocheffavin, *Arrêts notables du parlement de Toulouse*, livre VI, cit. 40, arr. 23.

3. D'Espeisses, *loc. cit.*, tome I, *des contrats*, tit. 14, *des donations*, sect. iv, n^o 7 et s.

4. Fromental, v^o *Donations*, p. 221.

5. Guido Papa, *quæst.* 291, *Additio Ferrerii. Sed appellatione bonorum mobilium et immobilium iura et actiones non continentur... Nam bona mobilia et immobilia constituunt tertiam speciem bonorum a iuribus et actionibus distinctam.*

6. D'Espeisses, *loc. cit.*, n^o 7, quarto. Il s'agit naturellement de ce que Fromental appelle les dettes « actives », c'est-à-dire les créances. Fromental, v^o *Donations*, p. 221.

7. D'Espeisses, *loc. cit.*, n^o 7, sexto.

8. D'Espeisses, *loc. cit.*, n^o 7, sexto ; de Catellan, livre V, ch. 25.

de tous les biens présents et futurs est autorisée, si elle est faite en faveur du mariage et pour cause de dot, ou, dans un but de religion, pour cause pie ¹.

Ajoutons que la prohibition n'atteignait pas la donation à cause de mort, puisque le donateur y conservait en principe la faculté de révoquer et, par suite, de reprendre ses biens pour en disposer par testament ².

L'ordonnance de 1731, dans toute cette matière des donations de biens à venir, des donations de biens présents et à venir et, par contrecoup, des donations universelles et à titre universel, a été inspirée par les théories coutumières.

Non seulement l'ordonnance prohibe les donations de biens à venir, mais, tranchant une question jusqu'alors discutée, elle annule sans aucune distinction, et pour le tout, les donations de biens présents et à venir : « Aucune donation entre vifs, dit l'article XV, ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiennent au donateur dans le temps de la donation ³. Défendons de faire dorénavant aucunes donations de biens présents et à venir (si ce n'est dans le cas ci-après marqué) ⁴ à peine de nullité desdites donations, même pour les biens présents, et ce encore que le donataire eût été mis en possession du vivant du donateur desdits biens présents, en tout ou en partie ».

Le texte de l'ordonnance est absolu et ne permet aucune atténuation. La donation de biens présents et à venir est donc nulle, contrairement à l'avis de Ricard, même si le donateur a déclaré qu'il entendait au moins qu'elle eût effet pour les biens présents. La donation entre vifs ainsi annulée ne peut pas davantage valoir comme donation à cause de mort, puisque l'article IV interdit précisément cette conversion des donations à cause de mort. Enfin, l'interdiction des donations de biens à venir emporte en soi l'impossibilité de faire des donations universelles et à titre universel.

De toutes les réformes de l'ordonnance de 1731, l'interdic-

1. D'Espeisses, *loc. cit.*, n° 7, quinto.

2. D'Espeisses, *loc. cit.*, n° 7, septimo.

3. L'art. XV ordonne en outre qu'il sera fait un état des objets mobiliers, dont la donation ne contient pas tradition réelle. Nous parlerons de la nécessité de cet état à propos des formes de la donation.

4. C'est-à-dire dans les contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendants (art. XVII).

tion de la donation de biens présents et à venir fut la plus mal accueillie par les parlements de Droit Écrit. Nous savons par la correspondance de d'Aguesseau¹ que « des neufs parlements ou conseils dans lesquels le Droit Écrit était regardé comme le droit commun, cinq enregistrèrent la nouvelle ordonnance, non seulement avec respect, mais avec les marques de la plus grande satisfaction². Deux élevèrent quelques difficultés, mais suivirent l'exemple des premiers aussitôt que d'Aguesseau leur eut expliqué le véritable esprit de la loi³ ».

Les remontrances du parlement de Toulouse furent beaucoup plus vives. Après avoir présenté des observations sur les premiers articles de l'Ordonnance, les magistrats arrivent à l'article XV et s'expriment ainsi : « Nous n'avons pas été moins surpris à la vue de l'article XV qui défend de faire dorénavant aucunes donations de biens présents et à venir, si autorisées par les lois romaines et par toutes les ordonnances, que nous osons assurer que c'est la première atteinte qu'elles ont reçues⁴. »

D'Aguesseau dut user de toute son influence pour décider le parlement de Toulouse à enregistrer l'ordonnance sans

1. Lettre de d'Aguesseau au parlement de Toulouse du 30 juin 1731. Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau. Edition Pardessus. Tome XII, pp. 324. 325.

2. Ces cinq parlements ou conseils sont : le Parlement de Paris pour la partie de son ressort régie par le Droit Écrit (enregistrement de l'ordonnance du 9 mars 1731); le parlement de Pau (enregistrement du 9 mars); le parlement d'Aix (enreg. du 4 avril); le conseil souverain de Perpignan (enreg. du 5 avril); la chambre des comptes du Dauphiné (enreg. du 27 avril).

3. Ces deux parlements sont : 1° le parlement de Grenoble (Lettre du 19 mai 1731 de d'Aguesseau, *loc. cit.* p. 297) (enregistrement du 25 mai). Le second parlement auquel fait allusion la lettre de d'Aguesseau peut être celui de Besançon dont le ressort n'était pas à proprement parler pays de Droit Écrit, mais qui fit parvenir des remontrances identiques à celles des parlements de Droit Écrit et à qui d'Aguesseau répondit par une lettre conçue dans les mêmes termes que celle qu'il adressa aux parlements de Grenoble et de Toulouse (lettre du 22 mai 1731. D'Aguesseau, *loc. cit.*, p. 302 (enregistrement du 28 mai). Il peut s'agir aussi du parlement de Dijon qui avait dans son ressort quelques pays de Droit Écrit (Bresse, Bugey, Valromey et Gex). Le parlement de Dijon ne fit de difficultés pour l'enregistrement que sur l'Art. 3. Il l'enregistra le 4 juin avec la mention « sans que par les derniers termes de l'art. III on puisse inférer que la faculté de disposer de ses biens par donation à cause de mort est abolie ». Lettres de d'Aguesseau au parlement de Dijon du 24 avril et du 28 juin 1731. *loc. cit.*, pp. 295. 320.

4. Ricard., tome I, 1^{re} partie, ch. IV., sect. II, dist. II, n° 1013, éd. de Riom. 1783, note. N. de Bergier.

lettres de jussion. La lettre qu'il lui écrivit à cette occasion¹ est un curieux monument de diplomatie. Le chancelier parle d'abord au nom du Roi et d'un ton sévère : « les remontrances en forme que le parlement de Toulouse a jugé à propos de faire au Roi sur l'ordonnance du mois de février dernier qui regarde les donations ont paru peu convenables à Sa Majesté, après la précaution qu'elle a bien voulu prendre de demander à tous les parlements de son royaume des mémoires sur tous les points qui doivent être réglés par cette loi ; précaution qui se trouverait avoir été bien inutile s'ils pouvaient encore, après cela, faire les remontrances qui se réduisent à traiter de nouveau une partie des mêmes points. » Puis d'Aguesseau recourt à la persuasion. Il cherche à adoucir le parlement par des marques d'estime : « la considération singulière que j'ai pour votre Compagnie me porte à aller plus loin, en mon nom, et à lui donner des éclaircissements dont je vois, par ses remontrances, qu'elle peut avoir besoin pour entrer dans l'esprit des articles de l'ordonnance. »

Il calme les frayeurs du parlement : « le Roi est bien éloigné de vouloir donner la moindre atteinte aux privilèges que les peuples du Languedoc ont d'être gouvernés par le Droit Écrit... La nouvelle ordonnance en est une preuve, puisqu'elle est, dans toutes ses dispositions, conforme aux plus saines maximes d'un droit si respectable : elle ne fait que rappeler la jurisprudence du Digeste et choisir entre les différentes interprétations qu'on a données du droit romain dans les divers tribunaux. »

Enfin, après avoir éclairci quelques-unes des difficultés soulevées dans les remontrances, d'Aguesseau aborde le point le plus délicat : « pour ce qui est de la disposition de l'article 15, il n'y a point de compagnie qui ait dû en être moins surprise que la vôtre, puisqu'aucune ne s'est élevée plus fortement, dans son avis, contre les donations universelles, c'est-à-dire celles de tous les biens présents et à venir, et cela même par rapport aux biens présents.

« Il est vrai qu'en établissant avec beaucoup de raison que ces sortes de donations sont nulles, le parlement de Toulouse

¹ 1. Lettre du 30 juin 1731, d'Aguesseau, *loc. cit.* p. 322. Les lettres adressées aux autres parlements récalcitrants sont conçues dans le même sens.

avait proposé deux exceptions : la première en faveur des contrats de mariage, exception que le roi a approuvée dans son ordonnance ; la seconde à l'égard des donations dans lesquelles le donateur se serait réservé quelque portion de ses biens ou droits, pour n'être point privé de la faculté de tester ; mais ce dernier point ayant été discuté peut-être plus exactement qu'aucun autre, on a considéré que cette réserve se réduirait à rien dans l'usage et, ne faisant point cesser le véritable inconvénient des donations de tous les biens présents et à venir, elle ne devait être regardée que comme une vaine formalité qui tombait sur les mots plutôt que sur les choses ; que, d'ailleurs, l'usage de ces sortes de réserve n'ayant point été établi par le droit romain, il fallait ou s'arrêter aux principes de la dernière jurisprudence romaine qui admettait les donations universelles sans aucune restriction, ou revenir aux principes beaucoup plus exacts de l'ancien droit qui réprouvait ces sortes de donations, et l'on s'est porté d'autant plus volontiers à prendre le dernier parti, que les plus graves jurisconsultes n'ont pas loué le changement que Justinien avait introduit en cette matière, regardant même les donations de tous les biens présents et à venir comme une espèce de folie...

« Si le Roi n'a pas jugé à propos de permettre la séparation des biens présents et à venir, c'est parce qu'il a paru contraire aux véritables principes de diviser un acte qui a été originairement un, dans l'esprit des contractants ; ce qui a paru d'autant plus injuste que, les choses n'étant plus entières lorsqu'on ferait cette distinction, il serait impossible de savoir si elle était conforme à l'intention du donateur¹... »

Le parlement de Toulouse finit par se décider à enregistrer l'ordonnance près de six mois après son apparition².

Le parlement de Bordeaux se montra plus récalcitrant. Malgré une longue lettre où d'Aguesseau invoquait les motifs qui décidèrent le parlement de Toulouse³, il persista dans

1. Lettre de d'Aguesseau au parlement de Toulouse, du 30 juin 1731. Œuvres de d'Aguesseau, tome XII, p. 322.

2. L'ordonnance est du mois de février; l'enregistrement au parlement de Toulouse du 14 juillet (Lettre de d'Aguesseau du 24 juillet 1731, d'Aguesseau *loc. cit.*, p. 340.)

3. Lettre du 25 juin 1731, d'Aguesseau, *loc. cit.*, p. 310.

son refus d'enregistrement en demandant lui-même, sans doute pour couvrir sa soumission, des lettres de jussion : « C'était par ménagement et par considération pour cette compagnie, écrivait d'Aguesseau au premier président de Bordeaux, que je m'étais contenté d'une simple lettre, pour lui expliquer les intentions du Roi sur l'enregistrement de l'ordonnance des donations. D'autres parlements, qui avaient fait des remontrances comme le vôtre, l'ont bien compris, puisqu'aussitôt avoir reçu une lettre ils ont procédé à l'enregistrement de la même ordonnance ; mais puisque le parlement de Bordeaux n'a pas pensé comme eux et qu'il désire lui-même des lettres de jussion, le Roi en a fait expédier et M. le procureur général les recevra incessamment ¹. »

Ainsi finit la lutte ouverte des parlements de Droit Écrit en faveur du maintien des donations de biens à venir. Les parlements n'abandonnèrent pas néanmoins leur opinion et cherchèrent encore indirectement à la faire prévaloir. En 1743, une commission de magistrats célèbres du parlement de Toulouse, nommée par le Conseil pour juger en dernier ressort une contestation relative à la validité d'une donation de biens présents et à venir postérieure à l'ordonnance ², crut pouvoir adopter, au moins, l'atténuation qu'avait proposée Ricard et maintint la donation pour les biens présents, malgré le texte de l'article XV, parce que la libéralité contenait la clause expresse « qu'au cas où on disputerait de la donation sous prétexte qu'elle comprenait des biens à venir, elle aurait son effet pour tous les biens présents ». Ce jugement fut, il est vrai, cassé par arrêt du conseil du mois de février 1745 ³.

Le Code Civil a consacré à nouveau la victoire de la théorie coutumière sur la théorie de Droit Écrit en repoussant la validité de la donation de biens à venir. Toutefois, l'article 943 n'a pas reproduit entièrement les dispositions de l'article XV de l'ordonnance de 1731 : il admet la division de la donation faite de biens présents et de biens à venir, il maintient la libéralité pour les biens présents et l'annule pour les biens à venir.

1. Lettre du 13 juillet, d'Aguesseau, *loc. cit.*, p. 331. L'enregistrement au parlement de Bordeaux est du 19 juillet.

2. La donation était du 26 mai 1735.

3. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, art. XV *in fine*.

CHAPITRE III

FORMES DES DONATIONS ENTRE VIFS DANS LES PAYS DE DROIT ÉCRIT. HISTORIQUE DE CES FORMES

Nous avons laissé, dans notre étude sur le droit de Justinien, la donation au moment où elle venait de se dégager des dernières enveloppes du formalisme : le seul accord des volontés suffisait désormais à nouer le contrat de donation.

Cette conception d'une donation purement consensuelle, dégagée de tout signe extérieur, complètement *spiritualisée*, ne semble pas avoir pénétré dans les Gaules. Les deux courants juridiques qui contribuèrent à former, dans la période barbare et carolingienne, les coutumes des pays qui devaient plus tard prendre le nom de *pays de Droit Écrit*, ces deux courants n'apportaient avec eux que des influences favorables au caractère *formaliste* ou *réel* de la donation.

D'une part, le droit romain en vigueur était celui du Code de Théodose : on y lisait que la donation était astreinte à la nécessité de l'écriture, à la présence de témoins lors de la rédaction de l'acte et de la tradition réelle de l'objet, et enfin à l'insinuation¹. Il est maintenant reconnu que Constantin n'avait exigé la tradition que comme moyen de preuve², mais faut-il faire un crime aux pauvres jurisconsultes des temps barbares d'être tombés dans une erreur qu'ils ne pouvaient éviter et qui a été, partagée par de savants commentateurs,

1. 1. C. Th. 8. 12.

2. M. de Savigny a fait cette démonstration en comparant le texte abrégé du Code Théodosien avec la constitution originale, longue et diffuse, que contiennent les *Fragmenta Vaticana*, § 249 *in fine*. La sanction de la prescription est contenue dans ces mots qui ne sont pas reproduits au Code Théodosien, *Temere non erit fides accipienda*, « l'acte n'est point annulé, dit Savigny, mais le juge doit admettre moins facilement l'existence de la donation ». Savigny, *Traité de droit romain*. Traduction Guenoux, t. IV, p. 206, § 165.

comme Godefroy ¹, ou des spécialistes en la matière des donations, comme Ricard ².

D'autre part, « d'après le droit germanique, un contrat ne naît point du simple consentement (contrat non formaliste), mais, comme dans le vieux droit romain, il n'existe qu'autant qu'il s'y joint une forme déterminée ou une prestation (*res*) ³ ».

Sous cette double influence, la donation entre vifs, dans les pays de Droit Écrit, se trouve soumise, dès l'origine, à trois conditions de forme : la nécessité de l'exécution, l'emploi de l'écriture, la présence de témoins. Ces trois conditions sont, le plus souvent, au début appliquées concomitamment; la première, avec le temps, arrive à disparaître, la troisième diminue d'importance, la seconde cesse d'abord d'être exigée avec rigueur, puis reprend une nouvelle importance dans l'ordonnance de 1731. Plus tard, nous voyons apparaître la rédaction par le notaire, la nécessité de l'acceptation expresse, l'état du mobilier; l'ordonnance de 1731 confirme ou impose l'usage de ces diverses formalités. A ces formes extrinsèques se surajoute, comme en droit romain, la publicité extrinsèque de l'insinuation. Enfin, à côté de la donation ainsi entourée de formes solennelles, se place une donation toute de fait, réservée aux seuls objets mobiliers, mais puisant sa force dans la simple tradition, le don manuel. Nous diviserons donc en huit sections cette étude sur les formes de la donation entre vifs, en traitant successivement, au point de vue de l'histoire des pays de Droit Écrit :

1. *Cæterum tam precisa sunt hac parte Constantini verba*, dit Godefroy, *scripturam in donationibus pro forma deposcentis, ut miror scribentes formam tantum conficiendi instrumenti proponi, ubi inter partes convenit*, 1. C. Th. 8. 12. Commentarius Gothofredi 3^e obs., p. 609.

2. Ricard, t. I, 1^{re} partie, ch. iv, sect. II, dist. I, § 907. On peut dire d'ailleurs que cette erreur a été unanime dans notre ancien droit qui ignorait les *Fragmenta Vaticana* découverts en 1821.

3. Sohm, *Das recht der Eheschliessung*. Weimar, 1875, p. 24. M. Esmein, *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français. Nouvelle Revue historique du Droit*, 1880, p. 660. L'exemple le plus frappant de ce formalisme, d'origine germanique, dans la matière des donations, est donné par la loi Salique au titre « de affatomie » (*Lex Salica*, tit. 48). « La donation universelle doit se faire dans l'assemblée publique, *in mallo*, en présence de nombreux témoins. Le donataire doit ensuite se rendre dans la maison du donateur, y recevoir trois hôtes et, en présence de témoins, prendre possession de tout ce qui lui a été donné. Enfin dans un autre *mallum*, le donataire rend ce qui lui a été donné au donateur et douze mois après, dans une autre assemblée judiciaire, les mêmes cérémonies doivent se renouveler ». M. Larnau, *Etude sur la publicité des Donations*, p. 102.

1° de la nécessité de la tradition ; 2° de l'état du mobilier ; 3° de l'emploi de l'écriture ; 4° du rôle du notaire ; 5° de la présence des témoins ; 6° de l'acceptation expresse ; 7° de l'insinuation ; 8° des donations qui ne sont pas soumises à des formes solennelles.

SECTION PREMIÈRE

Nécessité de la tradition.

La théorie des donations dans les pays coutumiers est dominée tout entière par la règle célèbre : *donner et retenir ne vaut*. Nous avons dit déjà, dans notre première partie, que « cette maxime avait une double application, disons mieux, une double signification. L'une et l'autre étaient réunies dans l'article 274 de la coutume de Paris : « C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée ou qu'il demeure en possession jusqu'au jour de son décès. » Ainsi, d'après la coutume de Paris, et, nous pouvons ajouter, d'après le droit commun du royaume, pour qu'une donation fût valable, il fallait, comme aujourd'hui, que le donateur ne gardât nul moyen de reprendre ou de restreindre sa libéralité; il fallait, de plus, qu'il l'eût mise à exécution avant sa mort, qu'il eût transmis au donataire la possession de la chose donnée ¹.

On considère parfois l'adage coutumier comme étant resté pendant longtemps inconnu dans les pays de Droit Écrit ². Cette affirmation est peut-être un peu trop absolue. Pour ne parler ici que d'une des deux applications de la règle *donner et retenir ne vaut*, de la nécessité de l'exécution de la donation par la tradition ³, nous croyons qu'on peut dire que

1. M. Desjardins, *Recherches sur l'origine de la Règle donner et retenir ne vaut*. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXIII, 1868, p. 208.

2. « Le Code Théodosien a eu surtout de l'autorité dans nos provinces méridionales, dans les pays de Droit Écrit où l'adage coutumier, donner ou retenir ne vaut) fut longtemps repoussé et ne pénétra qu'avec peine, sauf en ce qui concerne l'irrévocabilité. » Beaune. *Droit coutumier; les contrats*, p. 79.

3. L'étude de la seconde application, l'irrévocabilité des donations, trouvera sa place naturelle dans le chapitre de la révocation des donations.

cette nécessité a existé, à l'origine, aussi bien dans les pays de Droit Écrit que dans les pays coutumiers. Ce qui est vrai, c'est qu'elle a plus vite et plus complètement disparu dans le midi que dans le nord sous l'influence de la législation de Justinien.

Remarquons d'abord que les motifs qui ont fait imposer au donateur la tradition de l'objet donné ont autant d'importance dans les pays de Droit Écrit que dans les pays coutumiers ¹. Si nous écartons certaines explications de fantaisie, nous pouvons ramener à cinq les motifs proposés pour expliquer la nécessité de la tradition dans les donations.

1° C'est une mesure de publicité. La tradition « fait comme le sceau et la vérification de la donation, afin qu'il paraisse qu'elle a été faite sincèrement et sans dissimulation. A quoi on peut ajouter que cet établissement a aussi eu pour fondement le bien public et la sûreté du commerce, afin que la connaissance de la possession du donateur ne demeure pas incertaine ² » ;

2° C'est un frein à la prodigalité du donateur. *Neque enim melius ab inconsultâ facilitate homines cohibeantur quam si suas res corporaliter et revera a se ad alios migrare videant* ³ ;

3° C'est une protection pour le patrimoine des familles. « L'esprit de notre droit français incline à ce que les biens demeurent dans la famille et passent aux héritiers... C'est pour cela que nos lois ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner qu'il ne se dessaisît, dès le temps de la donation, de la chose donnée et qu'il se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement détournassent les particuliers de donner ⁴ » ;}

4° C'est le résultat d'une interprétation erronée du droit

1. « Toutes les coutumes de France disent pour règle que donner et retenir ne vaut ; ce qui procède, comme il est vraisemblable, du naturel des vrais Français qui est de faire franchement et à cœur ouvert sans retenir à couvert. » Coquille, *Institution du droit français. Des Donations*. Œuvres de Coquille, t. II, p. 81.

2. Ricard, *Des donations*, t. I, 1^{re} part., ch. IV, sect. II, n° 901.

3. Godefroy, *Comm. ad legem* IV, Cod. Th. I, VIII, t. XII.

4. Pothier, *Traité des donations entre vifs*, t. VIII, sect. II, art. II, n° 65.

romain. Les uns croyaient que la loi *Cincia* avait imposé la nécessité de la tradition : *Cincia lex muneris, cohibendis donationibus lata, mancipationis et traditionis in donationibus necessitatem regulariter induxerat*¹. Les autres rattachaient au Code Théodosien la nécessité de la tradition. « Presque toutes les lois contenues au titre *de donationibus* de ce Code (VIII. 12) semblent subordonner la donation d'une chose corporelle à la mancipation ou à la tradition préalable. Constantin pose le principe dans la loi 1 « *et corporalis traditio subsequatur* ». Les lois 2. 4. 5. 7. et 8 le rappellent ; la loi 7 en particulier paraît aussi explicite que possible. Aussi tous les jurisconsultes concluaient à peu près comme Le Caron : « devant Justinien, entre étrangers la donation n'était réputée parfaite, sinon par tradition corporelle ou mancipation qui était imaginaire vendition² » ;

5° C'est une réaction contre l'instabilité des donations. « Quant à la tradition, conclut M. Desjardins en terminant ses *Recherches sur l'origine de la Règle donner et retenir ne vaut*, elle acquit une importance particulière à cause des difficultés qu'eut l'irrévocabilité à se faire admettre. Pour que le donateur et ses héritiers eussent perdu tout droit sur l'objet de la donation, il fallait au moins qu'ils eussent voulu se dépouiller complètement... Les jurisconsultes déclarèrent que la tradition devait être réelle pour être complète. Ils assuraient l'irrévocabilité en même temps que la sincérité de la donation³. »

Nous ne chercherons pas parmi ces cinq explications données de la nécessité de la tradition quelle est la plus exacte. Cette recherche appartient à une étude sur la règle « donner et retenir ne vaut » et nous ne pouvons que nous rallier aux conclusions que nous venons de citer et dont M. Desjardins a si savamment démontré le bien fondé. Il nous suffit de constater, comme nous le disions plus haut, que ces motifs expliquent l'exigence de la tradition aussi bien dans les pays de Droit Écrit que dans les pays coutumiers. Un de ces motifs,

1. Godefroy, *loc. cit.*

2. Le Caron, *Mémorables observations du droit français*, v° Donation, p. 49.

3. M. Desjardins, *Règle donner et retenir ne vaut*, *loc. cit.*, pp. 334-335.

l'interprétation, plus ou moins erronée, du droit romain a eu certainement plus d'influence dans le midi que dans le nord, puisque cette erreur prenait sa source précisément dans le texte du Code Théodosien, base première de la législation des pays de Droit Écrit. Quant au dernier motif, le besoin de réagir contre l'instabilité des donations, nous pourrions facilement démontrer, en traitant de la révocation des donations, que le principe de l'irrévocabilité n'a pas eu moins de peine dans le midi que dans le nord à triompher des retours des donateurs et de la mauvaise foi des héritiers ¹.

Du reste les textes viennent confirmer l'usage de la tradition pour les donations dans les pays de Droit Écrit et cela dès les premiers temps.

La loi romaine des Wisigoths complétée par l'*interpretatio* reproduit naturellement les dispositions du Code Théodosien sur la nécessité de la tradition : *Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irreptionem, advocatū vicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur, donatam rem, si est mobilis, ex voluntate traditam donatoris, vel, si immobilis, abscēssu donantis novo domino patefactam* ². Les lois Wisigothiques barbares sont conçues dans le même sens, bien qu'elles insistent surtout sur la tradition symbolique par remise de la charte de donation : *res donatæ, si in præsentī traditæ sunt, nullo modo repetantur a donatore. Quodsi etiam provenierit ut quod donatur sit longe positum, pro eo donatio evacuārī non poterit : quia tunc videtur vera esse traditio quando iam apud illum scriptura donatoris habetur, in cuius nomine conscripta esse dinoscitur* ³. »

1. Ferrière donne de la règle *donner et retenir ne vaut* un sixième motif : « Comme il est permis de disposer de tous ses biens par donation entre vifs sans distinction de propres et d'acquêts et que la faculté de disposer des biens par dernière volonté est restreinte et bornée par toutes nos coutumes, quand on voudrait dépouiller ses héritiers de tous ses biens, on choisirait cette voie par laquelle on éluderait la disposition de la coutume faite en faveur des héritiers. C'est par cette raison que nos coutumes y ont pourvu... elles ont voulu que les donateurs se dépoulassent eux-mêmes par icelles (donations) de la propriété des choses données ». Ferrière, sur l'art. 273 de la coutume de Paris, n° 8. Cité par M. Desjardins, *Recherches sur la règle*, etc. *Revue critique*, t. XXXIII, p. 234. Ce motif n'a point d'application dans les pays de Droit Écrit où n'existait qu'une seule légitime à invoquer aussi bien contre les libéralités entre vifs que contre les libéralités de dernière volonté.

2. L. 1. § 2. *Lex. Rom. Wisigothorum*, lib. VIII, tit. V. Edition Hœnel, pp. 456-457.

3. *Lex Wisigothorum*, lib. V, tit. II, § 6. Walter, *Corpus Juris Germanici antiqui*, t. I, p. 516.

Nous pouvons citer aussi le texte de la loi romaine des Burgondes, du Papien, bien que son influence ait été moins grande dans les pays de Droit Écrit que celle du bréviaire d'Alarie ¹ : *quod si usufructuaria non fuerit donatio et traditio non fuerit subsecuta, donatio legibus infirmatur... De animalibus, vestibus, gemmis, vel quocumque metallo, vel aliis quæ pondere, numero, mensurave constant, omnem donandi solemnitate in solâ traditione posse constare*².

Par exception, la loi Gombettese contente, pour la validité de la donation, de la présence et de la signature de cinq témoins : *quod si minor testium numerus interfuisse probabitur, facta donatio aut condictum testamentum nullam habere poterit firmitatem* ³. Du reste, les barbares sont libres de recourir, s'ils le préfèrent, à la forme romaine et par conséquent à la tradition : *ceterum, si quis posthæc barbarus vel testari voluerit, vel donare, aut romanam consuetudinem aut barbaricam esse servandam, si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit* ⁴.

La mention de la tradition se retrouve dans une foule de chartes de donations. Citons par exemple, dans le Languedoc, en 804, une donation à l'abbaye de Gellone ⁵ : « *Dono, trado atque transfundo, ab hodiernodie ad ipsa casa Dei*; » en 810, une donation à l'abbaye d'Aniane ⁶ : « *ideoque donamus atque de præsentî tradimus* »; en 823, une donation à la cathédrale d'Uzès ⁷; « *ista omnia suprascripta cedimus atque tradimus ad ipsum sacrum locum* »; en 1127, une donation au monastère de Saint-Victor : « *hoc transactionis donum firmum et nexibus stipulacionis vallatum, cum tradizione factum, tibi et successoribus tuis in perpetuum permaneat* ⁸. »

Quelques-unes de ces chartes sont plus particulièrement intéressantes parce qu'elles font même ressortir le caractère réel de la tradition : *notitia traditoria atque forbanditoria peracta a domino Pipino rege serenissimo Francorum et*

1. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. II, p. 399.

2. *Lex Romana Burgundiorum*, tit. 22, de *donationibus*, § 5 et 7. Pertz, *Monumenta Germaniæ historica. Legum*, t. III, p. 610.

3. *Liber Legum Gundebati*, tit. XLIII, de *donationibus*, § 1. Pertz, *loc. cit.*, p. 550.

4. *Liber Legum Gundebati*, tit. LX. Pertz, *loc. cit.*, p. 560.

5-6-7. Dom Vaissette, *Histoire du Languedoc*, t. I, preuves, pp. 32, 35, 55.

8. *Cartulaire de Saint-Victor*, n° 785.

Aquitanorum in presentia atque manu Pedanei abbatis ecclesie sancti Antonini martyris... Ad hanc *traditionem* affluere viri religiosi testes » (donation du roi Pepin au monastère de Saint-Antoine de Rouergue, en 767) ¹. — « Priscorum itaque decrevit auctoritas, ut quidquid alter alteri *tradiderit*, scripturis signet dispositis et testibus, ut quidquid unusquisque *perceperit*, *possessa traditio presentibus* futurisque temporibus ad possidentem proficiat in augmentum » (donation au monastère de Saint-Victor, en 840) ².

Au ^{xvii}e siècle, Ricard constate encore la nécessité de la tradition par une voie réelle dans le ressort du parlement de Bordeaux ³.

Mais de bonne heure la tradition est devenue ou *symbolique* ou *feinte* dans les pays de Droit Écrit.

Les procédés de la tradition symbolique sont fort divers. On trouve d'abord la tradition par remise de la charte de donation. C'est une forme sur laquelle s'étend longuement la loi barbare des Wisigoths: *quod si etiam provenerit, ut quod donatur sit longe positum, pro eo donatio evacuari non poterit: quia tunc videtur vera esse traditio quando iam apud illum scriptura donatoris habetur, in cujus nomine conscripta esse dinoscitur. Hoc tantum observandum est, ut si donator dixerit, nec dedisse, nec direxisse scripturam, sed sublatam sibi fuisse: tunc ille, cui res donatæ sunt, per testem convincat, ab ipso donatore eandem rem aut traditam sibi aut directam, vel ex eius voluntate in potestatem suam redactam: et dum probaverit, stabilis habeatur. Quod si probare neglexerit, tunc ille qui scripturam fecerit, iuraturus est, quia eandem scripturam, neque per se dedisset, neque direxisset, neque per voluntatem suam factum esset, ut eadem scriptura in manus eius veniret, a quo eam videtur repetere: et sic invalida remanebit, si tamen qui donavit, voluerit* ⁴. La loi des Wisigoths est du reste très large

1. Dom Vaissette, *Histoire générale du Languedoc*, t. I, preuves, p. 23.

2. *Cartulaire de Saint-Victor*, ch. n° 28.

3. Ricard, *Des donations*, t. I, 1^{re} partie, ch. iv, sect. II, dist. I, n° 906, éd. de 1754: « Et même pour le particulier de la matière que nous traitons, ils observent encore aujourd'hui à Bordeaux l'usage de la tradition par voie réelle encore qu'il ait été abrogé par le nouveau droit. »

4. *Lex Wisigothorum*, l. V, tit. II, § 6. Walter, *Corpus Juris Germanici*, t. I, p. 516.

dans ses prescriptions : *illud addi placuit, ut si quisque scripturam de suis rebus in quibuslibet personis ediderit, si eam vivendo illi in cuius nomine scripta est non tradiderit, quamlibet tradita non sit, tamen dum post eius obitum reperta fuerit, ille sibi eam vindicabit cum omnibus rebus, quæ ibi conscriptæ sunt, in cuius nomine donator eam fieri voluisse agnoscitur. Quoniam justum omnino est, ut talis scriptura robur plenitudinis habeat, quam vivens donator ita salvavit, ut nequaquam videatur aliquatenus immutata. Nam si scripturam ipsam vel rem conditor dum viveret nullo modo tradidit, sed apud se retinuit, illud potius firmissimum erit, quod post testationem non traditæ scripturæ definisse cognoscitur. Quod si ipsum, cui res donatæ fuerant fatalis casus ab hac vitâ subduxerit, antequam rem sibi donatam caperet, ad donatorem vel ad heredes donatoris, res ipsa pertineat*¹.

On fait aussi tradition au donataire par la remise de la corde et de l'entrée de la maison, par le don d'une motte de terre ou d'un rameau d'arbre : *tunc veniens ipse Ebrardus* (c'est le fils des donateurs) *introivit in ipsam ecclesiam et veniens ad ipsam villam, per cordam de signo et ostium de domo et cespitem de terrâ sive ramum de arboribus, missis S. Petri et ipsius Gairulfi abbatis, Loboleno et Ebrardo monachis manibus tradidit in vicem patris et matris suæ ut faciant tam ipsi quam successores eorum jure ecclesiastico quidquid eligerint*². Un des exemples historiques les plus célèbres de cette tradition symbolique se retrouve encore en 1349 dans la donation qui unit le Dauphiné à la France : « et en signe des dites saisine et désaisine, porte le texte, bailla le dit (Humbert, Dauphin Viennois), au dit Charles, l'épée ancienne du Dalphiné, et la bannière St-Georges qui sont anciennes enseignes des Dalphins de Viennois et un sceptre et un agnel³. »

Souvent l'objet symbolique dont il est fait tradition n'a aucun rapport avec la chose donnée. On n'est plus en pré-

1. Id., loc. cit.

2. *Cartulaire de l'abbaye de Beaulieu en Limousin*, p. 241, ch. CLXXIII, anno 881. Voir aussi ch. n° 163, p. 226, anno 887.

3. *Histoire du Dauphiné*, de Valbonays, t. II, preuves, p. 604, ch. CCLXXV.

sence d'une exécution partielle, symbole de l'exécution totale, mais il y a encore dépossession du donateur destinée à mettre hors de doute l'existence du contrat. En 1316, Guillaume, comte de Genève, fait donation du comté de Genève à Jean, Dauphin de Vienne, par la tradition d'un bâton : *devestiens se de prædictis universis et singulis et ipsum D. Dalphinum investiens per traditionem unius baculi, ut moris est investire*¹.

Parfois enfin il est impossible de retrouver dans les formes employées, non seulement une trace de l'idée de tradition et d'exécution partielle, mais même une apparence de dépossession du donateur. Il n'y a plus qu'une solennité quelconque destinée à bien marquer au dehors, à matérialiser, le contrat de donation. En 1108, en signe de la cession des dîmes qu'il fait à Saint-Hugues de Grenoble, le sire de La Mothe donne un baiser à l'évêque : *et hæc promitto me servaturum pro juramento in sacrata manu prenominati episcopi, Hugonis, et inde do ei osculum, cum bonæ fidei sponsione*². En 1080 deux donateurs, Hector et Cana, sa femme, cèdent à l'évêque de Grenoble plusieurs églises avec les dîmes qui y sont attachées et ils en donnent l'investiture en posant un livre³ sur l'autel de la cathédrale à laquelle ces églises appartiendront désormais : *feci vero hoc donum, ego, Hector, cum uxore mea ac filiis, in ecclesiâ sancti Vincenti, ponens librum super altare, sub testimonio Hugonis episcopi et canonicorum ejusdem ecclesiæ, atque monachorum de Casâ Dei, scilicet Bernardi et Durandi*⁴.

L'usage de la tradition symbolique dans les donations tend à disparaître dans les pays de Droit Écrit à partir du xiv^e siècle⁵. Cette tradition était surtout d'origine barbare, et il est probable que l'influence du droit romain la fit peu à peu tomber en désuétude. En tous cas, nous ne trouvons pas trace de la tradition symbolique dans les ouvrages des vieux juriconsultes du xiii^e, du xiv^e et du xv^e siècle, dans Durandi, Johannes Faber, et Guido Papa.

La tradition feinte est au contraire souvent mentionnée.

1. Id., p. 163.

2. *Cartulaire de l'Eglise cathédrale de Grenoble. Cartularium B. n° 119.*

3. Il est vrai que ce livre pouvait être le livre terrier des biens donnés.

4. *Cartulaire de l'Eglise cathédrale de Grenoble, cart. B. ch. LXXXV.*

5. Nous rencontrons encore cependant des traditions symboliques en Dauphiné en 1316, 1349, dans les donations ci-dessus rapportées.

J'entends par tradition feinte toute clause insérée dans la donation par laquelle le donateur, tout en conservant la chose donnée reconnaît qu'il la tient désormais du donataire devenu propriétaire. Telles sont, par exemple, les clauses de précaire, d'usufruit, de constitut possessoire.

La tradition feinte était bien connue en droit romain : *ideoque jus pristinum renovamus, ut quisquis rem aliquam donando, vel in dotem dando, usumfructum ejus retinuerit, etiam si stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis, usumfructum retinere quod tradere* (9. C. Th. 8. 12). Elle a passé du Code Théodosien dans les recueils barbares. Le bréviaire d'Alaric reproduit la constitution de Théodose et d'Honorius qui assimile la rétention d'usufruit à la tradition ¹. Le Papien donne une décision semblable : *sciendum etiam usufructuarias donationes sine traditione constare, quia ususfructus exceptio pro traditione computatur*².

La loi barbare des Wisigoths considère la donation avec réserve d'usufruit comme révocable à volonté : *qui vero sub hac occasione largitur, ut eandem rem ipse qui donat usufructuario jure possideat, et ita post eius mortem ad illum cui donaverit res donata pertineat; quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam quando voluerit, etiamsi in nullo læsum fuisse se dixerit* ³.

La règle spéciale aux barbares wisigoths ne paraît pas du reste avoir eu d'influence durable. La tradition feinte dans les donations continue à être mise sur la même ligne que la

1. L. 2. *Lex Romana Wisigothorum*, L. VIII, t. V, de *donationibus*, éd. Hœnel, p. 157.

2. L. 5. *Lex Romana Burgundiorum*, tit. XXII, de *donationibus*. Pertz, *Legum*, t. III, p. 610.

3. *Legis Wisigothorum*, lib. V, t. II, § 6. Walter, *Corpus Juris antiqui*, t. I, p. 516. Il semble néanmoins que si la réserve d'usufruit n'est plus imposée par le donateur, au moment de la donation, mais bénévolement consentie par le donataire, après qu'il a pris possession de la chose, la faculté de révocation disparaît, ce qui se comprend puisqu'il y a eu véritable tradition : *certe si quis ille rem donatam, sive per traditionem conditæ scripturæ, sive per consignationem vel traditionem rerum, in iure perceperit et complacuerit ei, ut donator rem ipsam per voluntatem ejus qui eam donatam percepit, possideat, iam si in postmodum fortasse contigerit, ut ipse qui rem donatam, perceperat, vivente donatore moriens, ab hac vitâ discedat, quidquid de re sibi donata indicare voluerit licentiam habeat. Quod si intestatus discesserit, non ad donatorem, sed ad heredes ejus, qui rem donatam percepit, res eadem sine dubio pertinebit.*

tradition réelle jusqu'à la fin de notre ancien droit, sans que la réserve d'usufruit implique pour le donateur une faculté particulière de donation. Au XIII^e siècle, Durandi constate expressément pour les pays de Droit Écrit que la rétention d'usufruit équivaut à tradition : *et licet per ususfructus retentionem intelligatur facta traditio, nihilominus tamen me tuo nomine pro eis ad maiorem cautelam constituo possidere, dans tibi licentiam propriâ auctoritate intrandi, et promittens malum dolum abesse*¹. Le même texte nous fournit la preuve de la tradition par constitut possessoire. Un peu plus loin nous voyons le donateur faire tradition en reconnaissant qu'il détient la chose à titre précaire : *quam rem idem T. se dicti F. præcario nomine constituit possidere, donec ipsius rei possessionem acceperit corporalem*².

Deux siècles plus tard, Guido Papa donne les mêmes conclusions sur la valeur de la tradition feinte : *in dictâ curiâ parlamenti Delphi. in materiâ l. quoties duobus C. de rei vend. observatur in iudicando hæc opinio, videlicet quod ille, qui primus habet possessionem rei venditæ vel donatæ etiam per precarium, vel per retentionem ususfructus, præfertur alteri habente postea realem possessionem... Et eosdem effectus producit (ficta traditio) etiam quo ad acquisitionem domini, sicut vera realis traditio, quæ fit per missionem in possessionem, ita dicit gloss. fin. approbata per Bartol. et doctores. Et ita vidi declarari temporibus meis in pluribus causis*³.

L'ordonnance de 1731 a laissé subsister l'usage de la tradition feinte dans les pays de Droit Écrit, comme du reste dans la plupart des pays coutumiers. « Le sens de la règle donner et retenir ne vaut, écrivait d'Aguesseau au parlement de Besançon, n'est point que la tradition feinte ne puisse avoir lieu dans les donations, et personne, dans les pays coutumiers même⁴, n'a jamais pensé à exiger des donateurs une tradition réelle : tout ce que cette maxime signifie est que

1. Durandi, *Specul. Juris*, l. II, part. II, tit. de instrum., édit. § porro, n° 4.

2. Durandi, loc. cit., n° 5.

3. *Guidonis Papæi, decisiones senatus Delphini*, quest. CXII, p. 124.

4. Quelques coutumes dites de saisine et de nantissement exigeaient seules une tradition réelle pour la validité des donations : Amiens, art. 46 ; Senlis, 212, etc.

le donateur ne peut se réserver ni la propriété des choses données dans le temps qu'il la donne, ni le droit d'en priver le donataire quand il le jugera à propos, et, en ce sens, la maxime est en quelque manière de droit naturel ¹. » Seulement, pour éviter dans les donations mobilières suivies seulement de tradition feinte les facilités qu'aurait eues le donateur de divertir les objets donnés, l'ordonnance de 1731 a exigé, comme nous le verrons, à défaut de tradition réelle, un état des objets mobiliers signé des parties et annexé à la donation.

La tradition feinte n'était qu'un moyen détourné d'échapper aux embarras du contrat réel. Les pays de Droit Écrit ont-ils été plus loin dans cette voie de simplification ? *Ont-ils admis la validité d'une donation par simple accord des volontés ?*

Au XVIII^e siècle, malgré la règle donner et retenir ne vaut les pays coutumiers eux-mêmes étaient *presque* arrivés à cette conception de la donation. « Dans le dernier état du droit, la donation est parfaite par le seul consentement des parties ; elle oblige le donateur et permet au donataire d'intenter une action en justice pour se faire délivrer la chose donnée », mais seulement contre le donateur vivant et non contre ses héritiers. « Le jugement de condamnation qu'il obtient lui tient lieu de la tradition sans laquelle la donation serait dénuée d'effet. Cet état du droit est constaté aux XVII^e et XVIII^e siècles par Ricard, Ferrière, Laurière, Pothier ². » Il est vrai que cette doctrine était encore toute récente dans les pays coutumiers : à la fin du XVII^e siècle, Delalande dit formellement qu'à défaut de la clause de tradition feinte le donataire ne peut pas agir personnellement contre le donateur ³.

Le mouvement favorable à la donation purement consensuelle a commencé beaucoup plus tôt dans les pays de Droit Écrit, grâce à l'influence plus vive du droit romain de Justinien.

1. D'Aguesseau, lettre du 22 mai 1731. *Œuvres du chancelier d'Aguesseau*, édit. Pardessus, t. XII, p. 308.

2. Desjardins, *Recherches sur l'origine de la règle donner et retenir ne vaut. Revue critique de leg. et de jurisp.*, 1868, p. 208.

3. Delalande, sur l'art. 283 de la coutume d'Orléans.

Dès le milieu du ^{xiii}^e siècle, Durandi donne la formule de l'action que devra employer le donataire à qui précisément il n'a pas été fait tradition : *in donatione quæ fit inter vivos, sic libellus concipitur : lib. coram et c. conqueror de P. qui mihi talem vineam donavit, nec eam tradidit, quare peto eam mihi tradi propositâ condictione ex l. c. De donat. si quis argentum* ¹.

Au ^{xiv}^e siècle, Johannes Faber, commentant le titre 54 du livre 8 du Code, reconnaît, à propos de la loi 35. § 5, la validité de la donation par simple pacte : *q. æstimaverit. Donaverit etiam nudo pacto, secund. gloss. et doctores* ².

Au ^{xv}^e siècle, la même doctrine résulte implicitement de l'admission par Guido Papa de la donation entre absents *per nuncium vel per epistolam* ³. Si on peut faire une donation par l'envoi d'une lettre, cela prouve bien que la tradition n'est plus nécessaire pour la validité même de la donation. Cette interprétation est confirmée par les notes de Ferrarius sur Guido Papa : *imo quod promisit præstare (donator) teneatur et simul atque acceptata est donatio a donatario actio ei quæritur, ita ut acceptatio et ratihabitio retrohatur ad tempus donationis... Et hæc opinio confirmatur per novam Justiniani constitutionem in l. si quis argentum c. de donat.* ⁴.

Enfin, au ^{xvii}^e siècle, d'Espeisses s'étend longuement sur le caractère purement consensuel de la donation : « bien qu'anciennement le donataire auquel la chose donnée n'avait pas été baillée n'eût pas le droit de la demander s'il n'y avait stipulation, néanmoins aujourd'hui ⁵ il peut demander et contraindre le donateur à la lui bailler, bien qu'aucune stipulation ne soit intervenue entre le donateur et le donataire, en sorte que, comme le vendeur qui a

1. Durandi, *Speculum juris*, lib. IV, part. III, de donationibus, n° 44, t. II, p. 456. Un des commentateurs de Durandi, Joannes Andræa, *sub rubrica de donationibus*, constate encore plus explicitement la même théorie : *hodie sufficit pactum cum utriusque consensu, patet utrumque C. de donat. si quis argentum, ant. fin. et ut ibi not. cessante stipulatione ageretur condictione ex illd. lege.*

2. *Johannis Fabri Codicis Breviarium*, in eod. lib. VIII, t. LIV, p. 425.

3. *Guidonis Papæ Decisiones*, quæstio 222.

4. Ferrerius, in *Guid. Papæ*, quæst. 222, nova additio.

5. La coutume de Bordeaux fait toutefois exception : on y exige encore la tradition par voie réelle. Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} part., ch. iv, sect. II, dist. 1, n° 906.

la chose vendue en son pouvoir, n'est pas quitte à vouloir indemniser l'acheteur, mais est précisément obligé de lui bailler la chose, pareillement le donateur qui a la chose donnée en son pouvoir n'est pas reçu d'en bailler le prix au donataire, ou autrement à le vouloir indemniser, mais est tenu précisément de lui bailler la chose ¹. »

Ajoutons que les jurisconsultes des pays de Droit Écrit ont poussé plus loin que les jurisconsultes coutumiers la théorie de la donation consensuelle. Ces derniers, par une bizarrerie qui ne s'explique que par l'influence de la règle *donner et retenir ne vaut*, tout en accordant, aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, une action au donataire contre le donateur, la lui refusent contre les héritiers lorsque la donation n'a pas été suivie de tradition pendant la vie du donateur. « En'effet, dit Ricard, la donation n'a point de force contre les héritiers et les créanciers du donateur, qu'elle ne porte toutes les marques essentielles d'une véritable donation entre vifs, faite sans fraude et sans déguisement durant la vie du donateur, qui consiste particulièrement dans le dessaisissement actuel de la propriété de la chose donnée fait par le donateur, en faveur et entre les mains du donataire ². » Les provinces de Droit Écrit ont au contraire complètement adopté les principes du droit romain de Justinien. La donation y est parfaite par le seul consentement et oblige non seulement le donateur, mais *même ses héritiers* à faire tradition. Le donataire peut intenter contre eux une action pour les contraindre à lui livrer la chose donnée. La tradition n'est donc plus nécessaire que pour le transfert même de la propriété. L'ordonnance de 1731 n'a d'ailleurs porté aucune atteinte à ces principes, puisqu'elle ne contient aucune disposition expresse qui exige la tradition ³. Furgole établit très clairement ce caractère purement consensuel de la donation dans les pays de Droit Écrit : « de ce que j'ai observé, dit-il, il s'en suit que la promesse de donner

1. D'Espeisses (*Œuvres de M. Antoine*), avocat et jurisconsulte de Montpellier, t. I, *Des contrats*, part. I, tit. XIV, *des donations*, sect. III, n° 3, p. 423. Voir aussi supplément aux *Œuvres de Claude Henrys, des donations*, t. IV, l. 1, ch. vi, n° 13.

2. Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} part. ch. iv, n° 898.

3. L'art. XV, qui est le seul qui parle de la tradition, exige seulement que si les meubles ne sont pas livrés réellement, ils soient constatés par un état signé des parties.

est obligatoire, comme elle l'était avant cette ordonnance... l'auteur des additions sur Ricard (*Des donations*, tome I, part. 1, n° 901) prétend que la promesse de donner ne peut avoir son effet, que *quand on a agi contre le donateur pendant sa vie*, afin qu'il soit contraint de faire la tradition de la chose, ce qui est vrai pour les pays où la tradition est requise et où la donation est nulle lorsque le donateur demeure en possession des biens pendant sa vie, à moins qu'il n'y ait rétention d'usufruit ou clause de constitution ou de précaire, suivant les art. 274 et 275 de la coutume de Paris, *mais non pas selon le Droit Écrit, où la tradition n'est pas nécessaire pour la perfection de la donation*¹. »

Il est toutefois un seul point où, sous l'influence de l'ancienne théorie, la donation semble avoir conservé jusqu'à la fin, même dans les pays de Droit Écrit, son caractère de contrat réel. Il est curieux de voir que cette exception, qui n'a cessé de limiter l'effet du simple accord des volontés est formulée aussi expressément au xvii^e siècle dans d'Espeisses qu'au xiii^e dans la coutume de Toulouse² : *si vero dictus venditor*, dit l'art. 93 de la coutume de Toulouse, *vel dator feudi post prædictam venditionem vel feudi donationem eundem prædictum honorem vendidit aliæ personæ vel dedit ad feudum, et ipsum misit inde in possessionem corporalem, antequam primus adeptus esset inde corporalem possessionem, ultimus emptor sive feudatorius est potior jure in possessione et proprietate dicti honoris quam primus*. « Lorsqu'une même chose, écrit d'Espeisses³, a été donnée à deux, celui-là est préféré auquel la chose a été premièrement délivrée (soit par tradition réelle ou feinte), bien qu'il soit second donataire parce que, par la tradition de la chose donnée, le donataire en était devenu propriétaire et non par la nue donation, il est plus juste que, de deux donataires, celui qui a la propriété de la chose soit préféré en la dite chose à celui qui n'a qu'une simple action personnelle pour se la faire bailler. La même chose a lieu lorsqu'une même chose a été donnée

1. Furgole, *Ord. sur les donations*, art. XV. *Œuvres de Furgole*, t. V, p. 137.

2. *Coutume de Toulouse. Secunda pars*, tit. VII, art. 93, édit. Tardif, p. 43.

3. D'Espeisses, t. I, *Des contrats*, part. I, tit. XIV, *Des donations*, sect. III, § 23, n° 9.

à l'un et puis vendue à un autre. » Cette règle ne s'appliquait pas toutefois aux donations faites par le roi : le premier donataire y était toujours préféré s'il avait pris la précaution de faire vérifier son contrat par la chambre des comptes dans les 6 mois de la libéralité royale parce que la vérification tenait lieu de tradition. Sous le régime de l'ordonnance de 1731, ce n'est plus par la priorité de la mise en possession de fait que doit se décider la préférence dans le concours de deux donataires, c'est par l'époque de l'insinuation. Cependant si le premier donataire a fait insinuer sa donation dans les délais de l'ordonnance, c'est-à-dire dans les quatre mois de sa date, elle produira son effet à l'égard de toutes sortes de personnes ¹.

Nous avons dit que l'ordonnance de 1731 n'avait point porté atteinte à la théorie des pays de Droit Écrit sur la validité de la donation purement consensuelle. C'est qu'en effet, au moment où l'ordonnance a été rédigée, des deux règles contenues dans la maxime donner et retenir, « celle qui interdit au donateur de retenir indirectement la disposition de la chose donnée avait pris de l'importance au détriment de celle qui prescrit la tradition ² ». Cette préoccupation dominante s'aperçoit parfaitement dans la lettre de d'Aguesseau que nous avons citée : « tout ce que cette maxime signifie est que le donateur ne peut se réserver la propriété des choses données dans le temps qu'il la donne, ni le droit d'en priver le donataire quand il le jugera à propos³. » La validité de la donation purement consensuelle découle même du texte de l'ordonnance. Merlin fait remarquer « que l'article 5 porte que les donations entre vifs ne pourront engager le donateur que du jour où elles auront été acceptées par le donataire. Par là le législateur suppose bien clairement que le donateur peut s'obliger à l'accomplissement de la donation, à la délivrance de la chose ⁴. » Aussi Furgole, se fondant sur ce qu'il n'y a aucune disposition qui exige la tradition, affirme-t-il « qu'il lui paraît sans difficulté qu'on n'a voulu rien chan-

1. Ord. de 1731, art. 26.

2. M. Desjardins, *Recherches sur la règle donner et retenir ne vaut*. *Revue critique de lég. et de jur.*, t. XXXIII, p. 22.

3. D'Aguesseau, lettre du 22 mai 1731. Œuvres du chancelier, éd. Pardessus, t. XII, p. 308.

4. Merlin, *Répertoire*, v^o *Donation*, sect. v, art. 3.

ger sur la forme de la tradition requise par les coutumes, ni introduire cette formalité dans les pays de Droit Écrit, où elle n'est point en usage et où les donations sont parfaites par le simple pacte et par la convention ¹ ».

On peut donc en conclure que déjà les pays de Droit Écrit étaient arrivés à notre conception moderne de la donation : elle créait définitivement par le seul accord des volontés un lien de droit entre le donateur et le donataire. Le Code Civil consacra cette théorie en donnant en outre au simple consentement des parties le pouvoir de transférer la propriété. Ainsi s'acheva l'évolution qui, à travers les siècles, tendait à faire de la donation un contrat consensuel.

SECTION II

De l'état du mobilier.

C'est à la règle donner et retenir ne vaut qu'il faut rattacher ² l'obligation édictée par l'ordonnance de 1731 de dresser un état des meubles et effets mobiliers compris dans la donation lorsqu'il n'y a pas tradition réelle. Cette prescription n'est donc point originaire des pays de Droit Écrit. Force nous est cependant de la signaler, puisqu'elle leur a été imposée.

L'article 15 de l'ordonnance est ainsi conçu : « Aucune donation ne pourra comprendre d'autres bien que ceux qui appartiendront au donateur dans le temps de la donation ; et si elle renferme des meubles ou effets mobiliers, dont la donation ne contienne pas une tradition réelle, il en sera fait un état signé des parties qui demeurera annexé à la minute de ladite donation, faute de quoi le donataire ne pourra prétendre aucun desdits meubles ou effets mobiliers, même contre le donateur ou ses héritiers ». Le rapprochement dans un même article de l'interdiction de la donation de biens à venir et de la nécessité de l'état du mobilier est déjà un in-

1. Furgole, *loc. cit.*, p. 435.

2. « La disposition de notre article peut être fondée sur plusieurs raisons particulières, tirées du droit coutumier. » Furgole, *Ord. sur les donations*, art. XV.

dice très clair des motifs qui ont inspiré l'ordonnance. Les rédacteurs ont voulu empêcher le donateur de diminuer ou de changer l'actif mobilier donné. Furgole confirme cette interprétation en disant « que cette raison est la plus considérable¹. » On peut ajouter que les créanciers ont intérêt à savoir quelle diminution a subie leur gage, les héritiers à connaître le montant de la libéralité qui peut entamer leur réserve, la donateur à prouver quels objets il pourra redemander en cas de révocation.

L'ordonnance avait du reste emprunté à la pratique coutumière l'idée de l'état du mobilier. « Pour faire, disait déjà Ricard, que le donateur demeure chargé en vertu d'un titre précaire envers son donataire des meubles qu'il lui a donnés il est absolument requis que le contrat de donation en contienne une description, ou qu'il soit fait un inventaire séparé, d'autant que la tradition demeurerait imparfaite si les choses données étaient incertaines, et le donataire ne peut pas intenter d'action, s'il n'est pas certain de ce qui lui a été donné². »

Les commentateurs de l'ordonnance étaient d'accord pour restreindre la nécessité de l'état du mobilier aux *actes* portant donation, ce qui excluait par conséquent les dons manuels³.

La nécessité de l'état du mobilier a passé dans le Code Civil. Notons toutefois que la rédaction de l'article 948 n'est pas identique à celle de l'article XV de l'ordonnance. Le Code a donc encore apporté quelques innovations aux usages des contrées qui furent pays de Droit Écrit. Ainsi l'article 948 ne reproduit pas l'exception concernant les cas où il y a tradition réelle, il en résulte que l'état du mobilier est désormais nécessaire toutes les fois que la donation est faite par un acte, même quand il y a tradition réelle. L'état exigé n'est plus seulement un état descriptif, mais en outre estimatif. Enfin, changement plus grave, l'ordonnance « ne déclarait pas nulle la donation des meubles (faite sans état) ; elle se contentait de refuser une action au donataire pour les reven-

1. Furgole, *Ord. sur les donations*, sur l'art. XV.

2. Ricard, *Traité des donations*, t. I, 1^{re} part., n° 963.

3. Furgole, *loc. cit.*

diquer, soit des tiers-acquéreurs, soit du donateur ou de ses héritiers, mais elle ne donnait point d'action au donateur ni à ses héritiers pour en dépouiller le donataire qui s'en trouvait saisi ¹ ». L'article 948 déclare au contraire que la donation ne sera pas valable à l'égard des effets mobiliers dont l'état estimatif aura été omis.

SECTION III

Emploi de l'Écriture

L'importance de l'écriture dans les donations a été en diminuant dans les pays de Droit Écrit jusqu'à l'ordonnance de 1734 qui en a fait, à nouveau, une formalité substantielle.

Dans le très ancien droit français, l'écriture est mise sur le même pied que la tradition. En réalité, « tout le système que nous avons exposé jusqu'ici ne s'applique qu'aux conventions verbales ; celles qui, au moment de leur formation, étaient rédigées par écrit, puisaient une force particulière dans l'écrit qui, par lui seul, les rendait obligatoires ² ». L'écrit par lequel on réalise le contrat est la *charte*. La différence de forme qui la sépare de la *notitia* manifeste la diversité des fonctions juridiques de ces deux écrits, la *notitia* n'est qu'un moyen de preuve, un acte destiné à conserver le souvenir d'un fait dans les temps futurs. La charte crée le droit qu'elle énonce ³ ».

La preuve de cette affirmation est facile à faire dans la matière des donations.

Rappelons d'abord le texte de la loi barbare des Wisigoths qui donna à la remise de la charte la même valeur pour transférer la propriété de l'objet donné qu'à la tradition réelle : *quod si etiam provenerit, ut quod donatur sit longe positum, pro eo donatio evacuari non poterit : quia tunc videtur vera*

1. Furgole, *Ord. sur les donations*, art. XV.

2. M. Esmein, *Étude sur les contrats dans le très ancien droit français. Nouvelle revue historique du droit*, 1880, pp. 670 et suiv.

3. Stouff, *Formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules. Nouvelle revue historique du droit*, 1887, pp. 249 et s.

*esse traditio quando iam apud illum scriptura donatoris habetur, in cuius nomine conscripta esse dinoscitur*¹. Il n'y a pas là seulement un exemple de tradition symbolique, mais la charte crée bien par elle-même le droit du donataire, puisqu'en dehors de toute tradition, si le donateur a conservé sans la détruire la charte jusqu'à son décès, le donataire a le droit de réclamer les objets donnés : *illud sane addi placuit, ut si quisque scripturam de suis rebus in quisbuslibet personis ediderit, si eam vivendo illi in cuius nomine scripta est non tradiderit, quamlibet tradita non sit, tamen dum post eius obitum reperta fuerit, ille sibi eam vindicabit cum omnibus rebus, quæ ibi conscriptæ sunt, in cuius nomine donator eam fieri voluisse agnoscitur*. Cette solution est d'ailleurs en parfait accord avec la théorie adoptée par les Wisigoths dans la vente : *venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem*².

La lecture du texte même des chartes nous fournit d'autres arguments.

Certaines chartes mentionnent concurremment et en y attachant la même importance l'emploi de la forme solennelle ou de l'écriture : *omnia quantum ego ipse uxori meæ tradidi ad habendum, sive per osculum, sive per cartam traditionis*³.

Dans d'autres textes, le mot charte est synonyme de donation : *qui istam cartam irrumpere voluerit centum libras auri et centum argenti componat*⁴; ou bien *facta hæc donatio vel scriptura*⁵.

Un nombre considérable de chartes présentent l'écriture

1. *Legis Wisigothorum*, l. V, tit. II, § 6. Walter, t. I, p. 516. L'intitulé du titre II dont ce texte est extrait est lui-même très expressif : *de rebus traditis, vel per scripturam donatis*.

2. *Leg. Wisigoth.*, l. V, t. IV, § 3, Walter, t. I, p. 518.

3. Donation à l'abbaye de Beaulieu en Limousin en 1170. *Cartulaire de Beaulieu*, p. 30. M. Esmein cite dans le même sens un certain nombre de passages empruntés, il est vrai, à Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*, mais qu'il est intéressant de rapprocher : *sicut jam per instrumento et kartarum, seu per gadium et andelangum... vobis tradidi* (Pérard, p. 27, n° 6); *per suum cultellum et facturam et per hoc pergamenum* (Pérard, p. 64). M. Esmein, *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*. Nouvelle revue historique de droit, 1880, p. 673, note 5.

4. Donation à l'abbaye du Mas d'Afil. ann. 1081. Dom Vaissette, *Histoire du Languedoc*, tome II, p. 312.

5. *Cartulaire de Saint-Victor* de Marseille, ch. 56, ann. 1035, ch. 738, ann. 1038

comme une formalité substantielle ¹ imposée à la donation, soit par le droit romain, soit par le droit ecclésiastique. On retrouve, très souvent, la formule suivante : *sacrorum canonum auctoritatibus edocemur, sanctorumque patrum exemplis informamur, quin etiam hoc nobis lege romanâ precipitur, ut quicumque, sive vir sive femina, aliquid sui juris dando vel vendendo a se alienare voluerit per cartam testamenti hoc faciat* ².

Quelques chartes considèrent cette nécessité de la rédaction par écrit comme une prescription nouvelle succédant à un droit plus ancien qui n'exigeait comme garantie que le seul concours de témoins : *priscis temporibus cum constet omnem donationem sine ullâ titulatione carte et atramentis valuisse.. nunc vero.. ullam donationem vix stabilitatem esse vinculis sacramentalibus cernamus, ideo in cartis et in membranulis scribere dignum ducimus quod cupimus donare Christo aut alieni homini* ³.

Plusieurs causes ont contribué à rendre ainsi l'emploi de l'écriture obligatoire dans les donations :

1^o C'était à Rome « un préjugé très répandu que l'écriture était nécessaire pour la formation des actes juridiques. Depuis Alexandre-Sévère jusqu'à Dioclétien, de nombreux rescrits le combattent, en lui opposant la véritable notion de l'écrit probatoire simple moyen de preuve. La vente, est-il dit, dans un rescrit de Dioclétien, doit produire son effet encore qu'aucun écrit n'ait été dressé ⁴. Nous lisons dans un autre rescrit du même empereur : le partage une fois opéré d'une façon régulière n'est pas regardé comme nul, parce

1. « Plusieurs documents des XI^e et XII^e siècles témoignent, dit Savigny, que d'après le droit romain toute donation doit être faite par écrit et en présence de témoins. » Savigny, *Droit Romain au moyen-âge*, trad. Guenoux, tome II, ch. ix, § 39, p. 69. En note Savigny cite des documents de Fréjus (ann. 1031-1095), Avignon (ann. 1126). *Gallia christiana*, tome I, app. Inst., pp. 82. 83. 84. 142.

2. *Cartulaire de Lérins*, ch. 279, ann. 1094. On peut consulter sur la nécessité de l'écriture : *Cartulaire de Lérins* : ch. 5, s^{ec}. XI ; 9, ann. 1030 ; 31, ann. 1032 ; 39, ann. 1044-1058 ; 8, ann. 1095... L'introduction mise en tête du *Cartulaire* constate « que parmi les invocations où il est peu ou point question de textes sacrés la plus fréquente est celle-ci : *lex consistit romana ut*, etc. comme ci-dessus, introd. p. XIX. *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, ch. 179, ann. 1040 ; 343, ann. 1060 ; 772, ann. 1009 ; 771, ann. 1010 ; 483, ann. 1035 ; 746 ann. 1040 ; 748, ann. 1045 ; 347, ann. 1060 ; 357, ann. 1066. *Cartulaire de Beau-lieu*, en Limousin, ch. 71, ann. 904-926.

3. *Cartulaire de Saint-Victor*, ch. 56, ann. 1035 ; 738, ann. 1038 ; 179, ann. 1040.

4. 10. C. de *fid. int.* IV. 21.

que l'on a pas fait un *instrumentum* ¹. Si l'on pense que les rescrits étaient d'ordinaire sollicités par des juges ou par des parties à l'occasion de procès pendants, il faut reconnaître dans ces textes le témoignage d'une croyance générale et persistante à la nécessité de l'écrit dans les actes juridiques les plus importants ² ». Les barbares ont adopté naturellement le préjugé répandu à Rome, comme l'attestent les chartes de donation que nous avons citées et qui font remonter au droit romain la nécessité de l'écriture.

2. En fait, dès l'époque classique ³, l'écriture pouvait servir indirectement à rendre obligatoire toute convention. « On sait que de bonne heure les Romains prirent l'habitude de constater dans un écrit ou *cautio* la stipulation régulièrement formée. Cela devint une coutume si générale qu'on en arriva à regarder le rituel même de la stipulation comme une formalité inutile; l'important était que l'écrit mentionnât que les parties avaient voulu stipuler et promettre; du moment qu'il contenait la formule, on admettait qu'une stipulation régulièrement avait eu lieu par demande et par réponse⁴. » Justinien développa encore cette habitude en rendant presque impossible la preuve que la stipulation avait été simulée. En droit, l'écrit continuait toujours à n'être que la simple preuve du contrat; en pratique, il était devenu la véritable forme ⁵. Quoi d'étonnant à ce que les praticiens barbares aient confondu le fait avec le droit, la preuve avec la forme? Il est facile de constater ce que nous pourrions appeler la filiation de leur erreur par la mention de la stipulation qui revient sans cesse dans leurs formules de donations, mention dénuée de sens à l'époque où ils l'écrivent, mais qui reste dans les formulaires comme un vestige du temps où l'écrit n'était

1. 9. C. 4. 24; 17. C. de pact. 2. 3.

2. Stouff, *Formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules. Nouvelle Revue historique de droit*, 1887, p. 249.

3. Paul, *Sentences*, l. V, t. VII, § 2.

4. M. Esmein, *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français. Nouvelle Revue historique*, 1880, p. 671.

5. 14. C. de contrahendâ et committendâ stipulatione. 8. 38. *Et si inter præsentis partes res acta esse dicitur et hoc esse credendum: si tamen in eadem civitate utraque persona in eâ die commanet, in quo hujusmodi instrumentum conscriptum est; nisi is, qui dicit sese vel adversarium abfuisse, liquidis oc manifestissimis probationibus, et melius quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione majores, ostenderit sese vel adversarium suum eo die civitate abfuisse.*

destiné qu'à conserver la preuve de la stipulation. Les chartes présentent en effet en grand nombre de formules de ce genre : *et post ista omnia, donatio ista firma stabilisque permaneat, cum stipulatione interpositâ pro omni firmitate subnixâ* ¹. — *Hoc transactionis donum firmum et nexibus stipulationis vallatum cum tradicionem factum* ².

Deux autres motifs sont particuliers à la matière même des donations.

3° On sait que Constantin imposa, en 323, la nécessité de l'écriture pour les donations. On a reconnu, nous l'avons vu, par la découverte des *Fragmenta Vaticana*, que cette formalité n'était pas substantielle, et que le juge gardait un pouvoir d'appréciation, *temere non erit fides accipienda* ³; seulement, cette atténuation ne se retrouve ni dans le texte du Code de Théodose ⁴, ni dans la *lex Romana Wisigothorum* ⁵.

D'autre part, la nécessité de l'écriture a bien été abrogée formellement par Théodose le Jeune : *etsi sine scripto donatum quid fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis, hoc quod geritur comprobatur*, mais cette constitution n'a trouvé place que dans le Code de Justinien ⁶. Les pays de Droit Écrit sont donc restés forcément, jusqu'à la renaissance du droit de Justinien, sous l'impression de la constitution de Constantin telle que la rapportait le Code Théodosien. Or, ce texte ne laisse place à aucune hésitation sur la nécessité de l'écriture : *cæterum tam precisa sunt hæc parte Constantini verba, dit Godefroy* ⁷, *scripturam in donationibus pro formâ deposcentis, ut miror scribentes formam tantum conficiendi instrumenti hic proponi, ubi inter partes convenit, non vero decidi, an donatio fieri debeat in scriptis necne?*

4° Enfin, il est possible que la rédaction par écrit ait été assez souvent confondue avec l'insinuation et que les textes

1-2. *Cartulaire de Saint-Victor*, ch. 169, ann. 1000; 785, ann. 1127. Voir aussi n° 69, ann. 1001; 762, ann. 1026; 768, ann. 1045; 783, ann. 1044, etc. *Cart. de Beaulieu*, ch. 28, ann. 943; *Cartulaire de Lérins*, ch. 55, 149, 150, etc.

3. *Frag. Vaticana*, § 249, in fine.

4. C. Th. II, 8. 12, éd. Jacobi Gothofredi. Mantuæ, 1740.

5. *L. Rom. Wisigoth.* 8. 5. éd. Hanel, p. 156.

6. 29. C. 8. 54.

7. Gothofredi, *ad leg.* 1. C. Th. 8. 12. *Commentarius*, 3 obs. edit. Jacobi Gothofredi, Mantuæ, 1740, p. 609.

romains qui imposaient rigoureusement la seconde formalité aient été appliqués à la première ¹.

Il faut ajouter que l'insécurité de ces siècles troublés devait faire rechercher davantage tout ce qui pouvait procurer une preuve durable de la donation. Cette dernière raison est fort bien exposée dans une charte du onzième siècle : *priscis temporibus cum constet omnem donationem sine ulla titulatione carte et atramentis valuisse et rigore suæ stabilitatis viguisse, nunc vero, modernis temporibus, exardesciente zelo cupiditatis, ullam donationem vix stabilitam esse vinculis sacramentalibus cernamus, ideo in cartis et in membranulis scribere dignum ducimus quod cupimus donare Christo aut alieni homini* (anno 1035) ². L'Église avait surtout soin de tenir écrit des donations qui lui étaient faites, comme l'indiquent les nombreux cartulaires qui nous sont restés de cette époque : son influence et son exemple ont dû puissamment contribuer à développer l'usage de l'écriture dans les donations.

A partir du xiii^e siècle un curieux phénomène juridique se produit. Les coutumes des pays de Droit Écrit sont, pourrions-nous dire, tiraillées en sens contraire par deux courants dont l'un, issu de l'interprétation du droit de Justinien et particulier à la matière des donations, est favorable à la validité du simple pacte de donation et contraire par conséquent à la solennité de l'écriture, tandis que l'autre, né des abus de la preuve orale et général à tous les contrats, cherche à imposer l'écriture afin de restreindre les contestations.

Sous l'influence de ce dernier courant, nous constatons, au point de vue du rôle de l'écriture dans les donations, les résultats suivants :

D'une part, si nous envisageons l'écriture en tant que forme de la donation, nous voyons disparaître l'ancienne théorie fondée sur l'interprétation du Code Théodosien qui présentait l'emploi de l'écriture comme une formalité substantielle. C'est ainsi que, dès l'année 1204, la coutume de Montpellier proclame expressément que l'écriture est inutile pour la va-

1. Stoff, *Formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules*. *Nouvelle Revue historique du Droit*, 1887, p. 282.

2. *Cartulaire de Saint-Victor*, ch. n°56.

lidité de la donation : *donatio inter vivos carens legitimis documentis in infinitum valet* (art. 74) ¹. Durandi parle bien de l'écriture, mais ne la mentionne plus comme une forme nécessaire que pour les donations au-dessus de 500 solidi soumises à l'insinuation ². Guido Papa ne se demande pas dans ses nombreuses questions si l'écriture doit être exigée ³. Enfin d'Espeisses se prononce très clairement pour la validité de la donation non écrite : « bien que la donation ne soit pas rédigée par écrit, ni de main publique, ni de main privée, elle ne laisse pas d'être valable, pourvu qu'il en apparaisse d'ailleurs ⁴ ». En fait les donations étaient généralement rédigées par écrit et le plus souvent par les soins du notaire, comme nous le verrons plus loin.

D'autre part la preuve par écrit tend à se substituer à la preuve orale au-dessus d'un certain maximum. Cette nouvelle règle n'est pas particulière à la donation, mais elle l'atteint comme tout autre contrat. Dès 1245, les statuts d'Arles n'admettent la preuve testimoniale que jusqu'à 100 sols ⁵. Dans l'ancienne coutume de Bordeaux la preuve testimoniale n'est admissible que jusqu'à 50 sols ⁶. Enfin en 1566, l'ordonnance de Moulins généralise la mesure : « Avons ordonné et ordonnons que doresnavant, de toutes choses excédans la somme et valeur de cent livres, pour une fois payer, seront passez contracts par devant notaires et tesmoins, par lesquels contrats seulement sera faicte et reçue toute preuve ès dictes matières, sans recevoir aucune

1. Statuts municipaux de Montpellier, Ch. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge*. La coutume de Montpellier est du reste favorable, dans tous les contrats, à la preuve testimoniale : *per muncupationes omnes contractus vigent, in quibus leges requirunt litterarum consignationes* (art. 75), Ch. Giraud, tome I, pièces justificatives, p. 64.

2. Durandi, *Speculum juris*, l. II, partie II, de *Instrum. edit.* § porro, n° 4 : *quidam autem dicunt, quod si quedam donatio valet quingentos aureos, non sufficit prædicta forma: imo debet primo totus actus scribi et postea coram iudice partibus publicari.*

3. *Guidonis Papæ decisiones*, quest. 222. La donation entre absents peut se former par lettre ou par l'envoi d'un messenger. De même Ferrerius (*Nova aditio Ferrerii*) admet que la présence et le silence du donataire équivalent à l'acceptation, ce qui suppose bien qu'il n'y a pas d'écrit.

4. D'Espeisses, tome I, *des contrats*, part. I, tit. XIV, *des donations*, sect. II, n° 12.

5. *Statuta Arel.* 457, Giraud, *Essai sur l'histoire du Droit français*, tome II, p. 237.

6. *Las Coutumes de la Vilade Bordeü*, § 465, XII et XIII^e siècles. *Coutumes du ressort du parlement de Guienne*, par deux avocats au parlement (les frères Lamothe), tome I, p. 96.

preuve par tesmoings, outre le contenu au contract, ou sur ce qui serait allégué avoir esté dict ou convenu avant iceluy, lors et depuis. En quoy n'entendons exclure les preuves des conventions particulières ou aultres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et escriptures privées ¹. »

En rapprochant ces divers résultats, nous arrivons à ces conclusions : en elle-même la donation, dans les pays de Droit Écrit, au commencement du dix-huitième siècle est valable sans l'emploi de l'écriture, mais la preuve, si elle devient nécessaire, n'en peut être fournie au-dessus d'une valeur de 100 livres.

L'ordonnance de 1731 ², modifia toutes ces règles. Revenant au formalisme primitif, elle imposa la nécessité de l'écriture en exigeant en outre, comme nous allons le voir, que l'acte fût rédigé non point par les parties, mais par un officier public, le notaire.

SECTION IV

Rôle du Notaire

Le notaire apparaît de bonne heure dans les donations des pays de Droit Écrit, peut-être même l'institution des tabellions romains ³ ne s'est-elle jamais perdue dans le midi de la France. Mais pendant plusieurs siècles, pendant toute la période carlovingienne, c'est à l'évêque ou au seigneur haut-justicier que s'adressent les parties quand elles veulent procurer à leur donation la garantie de l'authenticité; le droit de passer les actes est confondu avec celui de rendre la justice ⁴. L'acte de donation est alors rédigé par un clerc ou un

1. Ord. de Moulins, art. 53, ord. de 1667, tit. XX, art. 2.

2. Ord. de 1731, art. 1.

3. 3. Cod. de *tabulariis, scribis, logographis*. 10.69. Il est à remarquer que dès 803 Charlemagne ordonna aux *missi dominici* d'établir partout des notaires. Baluze, t. I, p. 393.

4. Cette règle est clairement établie par Loyseau et sa remarque peut être étendue à toute la France : « lorsque le comte tenait les plaids, tous les contrats se passaient devant lui, en présence de témoins, il les faisait écrire par son chancelier et leur donnait la sanction publique. Des seigneurs, ce droit passa aux juges qu'ils instituèrent pour rendre la justice en leur nom et ces juges avaient des secrétaires ou greffiers qui écrivaient les actes de toutes espèces comme ils écrivaient les jugements. Loyseau, *Traité des offices*, l. II, ch. v, n° 48.

greffier et le haut personnage appose son sceau ou sa signature. Généralement, on cherche à réunir pour plus de sûreté la garantie de plusieurs personnages importants. Un exemple emprunté au cartulaire de Saint-Victor ¹ nous montrera bien le concours de toutes ces autorités. Il s'agit d'ailleurs d'une donation de valeur, c'est Poncius, l'évêque même de Marseille, qui est le donateur. L'acte se passe en l'an 1005 et parmi les *vingt-trois* témoins énumérés, la charte cite : *Rodballus, gratiâ Dei comes, firmavit, voluit et consensit et manu propriâ roboravit. Adalax, inclyta comitissa, assensum prebuit et manusuâ firmavit. Guillelmus, comes Provincia, filius ejus, firmavit. Guillelmus, Tholose urbis comes, firmavit. Ermengardis, uxor Rodballi Comitis manu propriâ firmavit. Rado episcopus firmavit. Eloneradus episcopus, firmavit. Dominus Poncius Arelatensis Archiepiscopus firmavit. Guillelmus vicecomes firmavit. Amalricus Aquensis episcopus, firmavit.* Au treizième siècle pour la donation dépassant 500 solidi Durandi mentionne encore la nécessité de la présence du juge non-seulement pour l'insinuation, mais encore pour la confection de l'acte : *hæc omnia in scriptis coram tali domino iudice, suâ auctoritate prebente, facta et insinuata sunt, presentibus et subscriptis in præsentia talium testium... Et bene est, quod iudex similiter se subscribat* ². Cette pratique avait sans doute une double origine romaine et barbare ; d'une part elle était peut-être un souvenir confus de l'insinuation devant le magistrat, d'autre part elle rappelait, surtout par le nombre des témoins appelés, les anciennes coutumes franques où les contrats se passaient *in mallo* devant le *comes* assisté des rachimbourgs. Il est à remarquer qu'on attachait néanmoins une certaine importance à la personne du rédacteur et qu'on le considérait déjà comme un témoin spécial : tandis qu'aujourd'hui nul ne songe à mentionner dans une donation le nom du clerc qui a minuté l'acte, dans les chartes, en plus de l'indication du personnage qui a contresigné l'acte, le nom du scribe qui l'a écrit est presque toujours soigneusement conservé : *S. Theodfredi qui dona-*

1. Cartulaire de Saint-Victor. *Cartularium majus*, n° 15.

2. Durandi, *Speculum juris*, l. II, partic. III, de *instrum.*, édit. § porro, n° 4.

tionem istam, rogatus, scripsit (anno 918)¹. *Petrus, indignus monachus, scripsit, si placet* (anno 1043)². *Geraldo clerico vicecomitessæ Ermengardis, qui rogatus scripsit hæc* (anno 1167)³. Ce rôle déjà marquant de l'écrivain officieux faisait présager la place grandissante que prendrait le rédacteur des donations le jour où il serait devenu un fonctionnaire officiel.

Le notaire semble apparaître dans les donations à partir surtout du douzième siècle⁴.

Dès la fin du xi^e siècle, en 1089, il est parlé d'un notaire dans une donation du roi de Sardaigne à l'abbaye de Saint-Victor : *ego Guido, notarius dompni regis, ex jussione ipsius domni Constantini regis et judicis scripsi, anno ab incarnatione Domini millesimo octuagesimo nono*⁵. En 1172, nouvelle mention, dans les textes de Droit Écrit, d'un notaire à l'occasion d'une donation de la comtesse Béatrice au comte de Toulouse : *Badonus notarius. Radulpho causidico et cancellario componente, hoc instrumentum scripsi, complevi, dedi et tradidi et testis interfui*⁶. Il ne semble pas que le notaire ait encore, dans ces chartes, un caractère officiel, il est simplement le scribe du seigneur, très probablement même, comme l'indique la seconde formule, l'aide du chancelier. La présence du notaire devient de plus en plus fréquente dans les donations du treizième siècle et il est à remarquer que le notaire est désormais souvent qualifié de *notarius publicus*. Nous citerons seulement les textes suivants extraits du cartulaire de Saint-Victor : *et ego Berengarius de Amiliano, publicus notarius Massilie, prædictis omnibus interfui et mandato et rogatu domini Feri prædicti et mandato etiam domini abbatis, hanc cartam scripsi* (anno 1213)⁷. — *Et ego Guilielmus Charelli, publicus notarius, qui his omnibus interfui*.

1. *Cart. de Savigny*, n° 5.

2. *Cart. de Saint-Victor*, n° 768.

3. Dom Vaissette, *Histoire générale du Languedoc*, tome III, preuves, page 117.

4. Il est très possible que le notaire soit intervenu plus tôt. Nous citons le xii^e siècle parce que nous n'avons presque pas rencontré de chartes de donation contenant mention du notaire avant cette date. Nous croyons que dans les cartulaires du midi on le trouve surtout mentionné à partir du xiii^e siècle, mais comme les chartes ne sont généralement pas rangées par ordre de date; il est difficile de se rendre compte du rôle grandissant du notaire.

5. *Cartulaire de Saint-Victor*, ch. 1006.

6. Dom Vaissette, *Histoire générale du Languedoc*, tome III, preuves, p. 130.

7. *Cartulaire de Saint-Victor*, Chartes, n°s 1005-998.

*et mandato et rogatu utriusque partis, hanc cartam scripsi (anno 1214)*¹.

C'est du reste à partir de la fin du xiii^e siècle que le pouvoir royal commence à s'occuper des notaires : il suffit de rappeler les ordonnances de 1270 créant les notaires du Châtelet ; de 1302, établissant des notaires royaux dans les domaines de la couronne et réservant au roi, sans succès d'ailleurs, le droit exclusif d'instituer des notaires même dans les terres ne relevant pas de lui ; de 1319, reprenant et confirmant la même théorie ; de 1320, affermant les offices des notaires ; de 1370, imposant la remise des minutes au roi lors du décès du notaire ; de 1393, ordonnant une enquête sur les exactions des notaires.

A côté des notaires royaux, on voit encore instrumenter dans les donations les notaires *impériaux* : « *Actum fuit presentibus testibus D. Bertrando de Pradello jurisperito, et me Petro de Lacelmo auctoritate imperiali et dictæ nobilis D. Randonæ publico notario* »² et les notaires *apostoliques* : « Je Jehan Chaillou, du diocèse d'Orléans, de l'autorité apostolique et impériale publique notaire... Humbert Pilat de la Bruxère, clerc de la diocèse de Graignoble, de l'autorité apostolique impériale et royale »³.

Ce que les parties recherchent, en appelant le notaire, c'est une garantie d'authenticité, mais la rédaction, « par main publique », comme on disait, n'est nullement une formalité substantielle de la donation. Les seuls textes que nous trouvions imposant la présence d'un fonctionnaire officiel lors de la donation sont spéciaux au Dauphiné et à la Provence, il convient d'ajouter que les formalités prescrites sont en même temps une mesure de publicité, une application de l'insinuation et que ce n'est pas au ministère du notaire, mais à celui du juge qu'il est fait appel.

En 1456, Louis XI, dans une ordonnance du 31 juillet, déclara que, « pour prévenir les surprises trop ordinaires dans les Donations et mettre les habitants du Dauphiné à couvert des manœuvres par lesquelles on pourrait les dépouiller de

1. *Cart. de Sain-Victor*, ch. nos 1005, 998.

2. Donation de l'an 1284, *Histoire du Dauphiné*, tome II, preuves, p. 118.

3. Donation de l'an 1349, *Histoire du Dauphiné*, tome II, preuves, p. 601.

leurs biens, les donations ne pourraient valoir qu'autant qu'elles seraient faites, lues et publiées en présence, tant du bailli, juge ou châtelain ou de leur lieutenant, du domicile du donateur, que de trois de ses plus proches parens existans dans le même lieu ; et que s'il ne se trouvait point de parens ou qu'étant appelés, ils ne voulussent pas y assister, il leur serait subrogé, par l'un des officiers dont on vient de parler, des hommes de bien du même lieu, non suspects¹ ».

Un édit du roi René, du 28 octobre 1472, imposa à la Provence des prescriptions à peu près identiques. Il ordonne que « les donations simples entre vifs qui se feront à l'avenir, dans les pays de Provence et de terres adjacentes, bien qu'elles n'excèdent pas la somme de droit, ne puissent être valables et avoir leur effet, par une forme et une solennité qui exclue toute présomption de dol, qu'en observant l'une des solennités suivantes, savoir : la connaissance et l'approbation du viguier ou baile et juge ordinaire du lieu où la donation sera faite, après qu'il aura reconnu que la cause de donner est honnête, et qu'il n'y a point de fraude, et la présence et la connaissance des parents ou alliés du donateur, et au moins de deux, avec l'un des syndics ou procureurs du lieu, et s'ils ne se trouvent point de parents ou alliés, ou qu'ils soient absents du lieu, des syndics ou consuls et procureurs du lieu qui seront en charge avec le baile et son lieutenant, de manière que la clandestinité, qui est une marque de fraude, soit vraisemblablement exclue, suivant la disposition du droit, par la présence des susdites personnes qui interviendront alternativement ; ordonnant que le choix des susdites personnes appartiendra au donateur, de l'intérêt duquel il s'agit principalement : déclarant, par notre présente ordonnance, que la Donation simple et entre vifs, qui sera faite autrement qu'en la forme ci-dessus, soit de biens immeubles ou de dettes, pourvu toutefois que la valeur des biens donnés excède la somme de 10 florins, ne tienne et qu'elle soit nulle² ».

En dehors de ces deux provinces, le ministère d'un offi-

1. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v^o *Donation*, sect. II, § III. Le texte de l'ordonnance se trouve à la fin des *Decisiones Delphinales* de Guido-Papa.

2. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v^o *Donation*, sect. II, § III.

cier public assistant à la rédaction même de la donation reste facultatif. Ainsi il est attesté par un acte de notoriété du parlement de Toulouse, du 16 juillet 1675, que l'usage de ce parlement est de juger que la donation, faite par le père à un des enfants émancipés ou par la mère, lorsqu'elle est seulement écrite et signée de la main du donateur ou de la donatrice, et qu'elle a été acceptée par le donataire, soit par un acte public, soit par acte privé, écrit ou signé de sa main, soit lors de la donation ou longtemps après, pourvu que ce soit pendant la vie du donateur, est bonne et valable¹. Les jurisconsultes des pays de Droit Écrit n'étaient toutefois pas d'accord sur les effets de la donation sous seing privé. Tandis que d'Espeisses ne semble pas faire de différence entre la donation par acte notarié et la donation sous seing privé : « il n'est pas nécessaire, pour la validité de la donation, qu'elle soit rédigée par écrit de main publique² ». Fromental restreint les effets de la donation sous seing privé : « dans les pays de Droit Écrit, on pouvait faire des donations entre vifs sous signature privée, auquel cas elles ne valaient que contre les héritiers, non contre les tiers acquéreurs³ ».

L'ordonnance de 1731 imposa la rédaction par acte notarié à peine de nullité : « tous actes, portant donation entre vifs seront passés par devant notaire ». (art. 1). Le but de l'ordonnance était d'assurer l'irrévocabilité de la donation : « l'ordonnance a eu cette précaution, dit Pothier, pour empêcher qu'un donateur ne pût se conserver le pouvoir d'annéantir sa donation, en retenant par devers lui l'acte de donation, ou en le mettant dans les mains d'une personne tierce, qui le rendrait au donateur, s'il le demandait, ce qui est contraire à l'irrévocabilité requise dans les donations entre vifs⁴ ». La forme prescrite était celle des « contrats et actes passés par devant notaire » (ord. de 1731, art. 2). Il faut, par conséquent, « que l'acte soit passé devant deux notaires ayant pouvoir d'instrumenter dans le lieu, ou devant

1. Ricard, *Des donations*, tome I, 4^e partie, ch. iv, sect. I, n° 882.

2. D'Espeisses, tome I, *Des contrats*, part. I, tit. 14, *des donations*, sect. II, n° 11.

3. Fromental, *Décisions de droit civil, canonique et français*, etc., v° *Donation*, p. 238.

4. Pothier, *Introduction au titre XV de la Cour d'Orléans*, n° 28.

un seul notaire en présence de deux témoins, mâles, âgés de 20 ans accomplis ; que, parmi les témoins, il y en ait un au moins de signataire lorsque le donateur ou le donataire ne sait pas signer : que les parties et les témoins signent avec le notaire ; si les parties et les témoins ne savent ou ne peuvent signer, qu'il soit fait mention de leur déclaration ¹ ».

Ces formes solennelles rencontrèrent une certaine opposition dans les parlements de Toulouse et de Bordeaux. Dans ses lettres, d'Aguesseau fut obligé de justifier ainsi les nouvelles dispositions : « Je me contenterai, écrit-il au parlement de Toulouse, de vous, dire pour lever jusqu'au moindre scrupule, que le bien public et général du royaume, tant dans les pays qui se régissent par le Droit Écrit que dans ceux qui suivent le droit coutumier, a été l'unique motif de l'article 1^{er} qui a établi, avec raison, une forme également nécessaire et conforme à l'esprit de la loi 25. C. de donat., pour prévenir partout les surprises et les fraudes dans un acte d'autant plus important qu'il est irrévocable.

« Depuisque, dans cette vue, la formalité d'insinuer la donation a été prescrite, soit par les constitutions des empereurs romains, soit par les ordonnances de nos rois, il n'est plus permis de prétendre qu'une donation entre vifs puisse être un acte secret, et la nécessité de le rendre public, déclarée par tant de lois, répond entièrement à toutes les difficultés de votre compagnie à cet égard ². » Le parlement de Toulouse, obligé de se soumettre, interpréta, du moins, de la façon la plus large le texte de l'ordonnance ; il admit la validité de la donation reçue par un notaire royal hors de son ressort ³.

Il est à remarquer que l'ordonnance, en imposant la forme notariée, maintenait « les autres formalités qui ont eu lieu jusqu'à présent, suivant les différentes lois, coutumes et usages des pays soumis à la domination royale ⁴ ». La donation restait donc soumise dans deux provinces de Droit Écrit,

1. Bergier sur Ricard, *Traité des donations*, tome I, 1^{re} partie, ch. IV. sect. I, additions § 1.

2. D'Aguesseau, lettres du 30 juin 1731 au parlement de Toulouse, du 25 juin au Parlement de Bordeaux, *Œuvres du chancelier d'Aguesseau*, édit. Pardessus, tome XII, pp 325-342.

3. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, art. 1, éd. de 1761, p. 40.

4. Ord. de 1731, art. 2.

dans le Dauphiné et la Provence, aux prescriptions édictées par Louis XI et le roi René en 1456 et 1472. La loi des 13-20 avril 1791, en dispensant les donations des formalités prescrites par les coutumes de nantissement, déclara encore ne pas vouloir préjudicier « quant à présent à l'exécution du statut delphinal ou autres lois semblables concernant les formalités des donations entre vifs, pour lesquelles le juge de paix sera subrogé à l'officier seigneurial ¹ ».

Les coutumes locales de la Provence et du Dauphiné ont disparu seulement avec le Code Civil ², qui laissa subsister, pour unique forme des donations, la forme notariée.

SECTION V

Présence des témoins.

Les témoins jouaient un rôle important dans le formalisme primitif des donations. Les textes du nord de la France sont à cet égard plus explicites que ceux du midi. La loi Salique prescrivait pour la donation universelle un long cérémonial où les témoins avaient une place prépondérante : la donation se faisait *in mallo*, en présence de trois témoins ; puis le donataire, pour bien affirmer son droit, recevait trois convives dans la maison du donateur et prenait en leur présence possession des objets donnés. Dans un nouveau *mal-lum*, devant trois nouveaux témoins, il remettait au donateur ce qu'il avait reçu ; enfin, une dernière confirmation de la donation avait lieu dans une troisième assemblée populaire. En tout, dit la loi Salique, neuf témoins concouraient à l'acte de donation : *hoc est novem testimonia ista omnia debent adfirmare* ³. La loi Lombarde exigeait également la présence

1. Loi du 13-20 avril 1791, tit. 4, art. 24.

2. Art. 931 C. Civ. En 1820, il a encore été jugé par la chambre des requêtes « que, sous l'empire du statut du Dauphiné, les donations, pour être valables, devaient être faites en présence des parents ou alliés du donateur ; que les voisins ne pouvaient les suppléer qu'autant que ces parents ou alliés auraient refusé de paraître et que mention aurait été faite, dans l'acte, de ce refus et que la nullité provenant du défaut d'accomplissement de ces formalités peut être invoquée par les héritiers du donateur, alors même que celui-ci aurait gardé le silence pendant sa vie. Dalloz, J. G., v° *Dispositions entre vifs*, n° 1402. Voir aussi un arrêt de 1810. Req., 7 février 1810, D. J. G., loc. cit.

3. *Lex Salica*, tit. 48. *Walter corpus juris Germanici*, tome I, p. 67.

des hommes libres pour la donation : *si quis res suas alii thingare voluerit, non abconse, sed ante liberos homines ipsum gairethinx faciat*¹. Pour les donations à titre particulier, la tradition se faisait, sinon dans une assemblée aussi officielle, du moins devant un nombre imposant de témoins².

Il est permis de supposer que les Wisigoths avaient des coutumes analogues qui ont dû disparaître plus tôt par suite de l'importance plus grande prise chez eux par l'écriture dans les donations³. En tous cas, la loi Gombette, dont l'influence s'est fait sentir sur la partie Est des pays de Droit Écrit, notamment dans le Lyonnais, impose formellement pour la validité de la donation la présence et la signature de cinq témoins : *ideoque hoc ordine in populo nostro donationes factæ et testamenta valebunt, ut quinque aut septem testes donationi aut testamento prout possint, aut signa, aut subscriptiones adjuvant. Quod si minor testium numerus interfuisse probabitur facta donatio aut condictum testamentum nullam habere poterit firmitatem*⁴.

Les influences romaines ne vinrent point entraver ces coutumes barbares. La constitution de Constantin, qui prescrivait ou semblait prescrire la tradition pour la validité de la donation, ordonnait en même temps que cette tradition aurait lieu devant témoins. Le bréviaire d'Alaric reproduit cette disposition : *et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irreptionem, advocatâ vicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur donatam rem*⁵.

En fait, nous voyons, dans les pays de Droit Écrit, les donations entourées de la garantie d'une grande publicité par la présence de nombreux témoins. La lecture des Cartulaires est fort instructive à ce sujet. Chaque donation est suivie de l'énumération des témoins qui ont été priés, *rogati*, d'assister

1. *Edictus Rothari*, cap. 172. *Pertz. legum*, IV, p. 40.

2. 6 ou 12 d'après la loi Ripuaire et en plus un nombre égal d'enfants, tit. 60, § 1. La loi ajoute cette curieuse précaution pour graver l'événement dans la mémoire des enfants ; *unicuique de parvulis alapas donet, et torqueat auriculas, ut ei in postmodum testimonium præbeant*. Walter, tome I, p. 184.

3. *Legis Wisigoth.*, livre V, t. II, § 6, *de rebus traditis vel per scripturam donatis*. Walter, tome I, p. 516.

4. *Liber legum Gundebati*, tit. XLIII, *de donationibus*, §§ 1 et 2. *Pertz, Monumenta Germaniæ historica*, tome III, p. 550.

5. *Lex rom. Wisigoth.*, livre VIII, tit. V, l. 2. Hænel, p. 156.

à l'acte et d'apposer leur signature. On recherche à la fois et la quantité et la qualité des témoins. Nous avons cité, dans la section précédente de ce chapitre, une donation contresignée par 23 témoins parmi lesquels se trouvent plusieurs comtes, archevêques et évêques ¹. Il serait facile de multiplier les exemples analogues ².

Nous ne reviendrons point sur la déchéance de la preuve testimoniale, déchéance qui s'est fait sentir à partir du treizième siècle, comme nous l'avons signalé en traitant du rôle de l'écriture, dans les donations. Trois causes ont contribué à précipiter cette déchéance : l'usage de l'écriture, l'habitude du ministère du notaire, les dangers et les corruptions de la preuve testimoniale.

Sous cette triple influence, le nombre des témoins diminue, ce n'est plus dix ou quinze témoins qui sont appelés, mais deux seulement, ce ne sont plus de hauts personnages, choisis à cause même de leur puissance, mais de simples particuliers, d'humbles voisins, recrutés seulement pour la forme. Ils s'effacent derrière le notaire dont ils ne sont plus que l'accessoire et qui, même, peut instrumenter seul, assisté d'un confrère.

Il est vrai qu'à défaut d'acte certains commentateurs de Droit Écrit, par exemple d'Espeisses ³, se contentent, nous l'avons vu, du témoignage comme preuve de la donation : « la donation ne laisse pas d'être valable pourvu qu'il apparaisse d'ailleurs ». Mais le rôle des témoins reste enfermé dans les limites étroites que trace à la preuve testimoniale l'ordonnance de Moulins.

L'ordonnance de 1731 a maintenu les témoins dans la situation secondaire où elle les trouvait. Au nombre de deux, ils jouent près du notaire le même rôle effacé que dans tout autre acte notarié ⁴. Le Code civil a suivi ces dispositions.

1. *Cartulaire de Saint-Victor. Cartularium majus*, n° 45, anno 1005.

2. Donation à la Cathédrale d'Uzès, anno 823, 8 témoins. Dom Vaissette, t. I, preuves p. 62. — Donation du comte de Toulouse au comte de Foix, 1167, 10 témoins, Dom Vaissette, tome III, pr. p. 117. — *Cartulaire de Beaulieu*, ch. 179, anno, 868, 10 témoins; ch. 224, anno 887, 10 témoins. — *Cartulaire de Savigny*, ch. 5, anno 918, 10 témoins. — *Cartulaire de Saint-Victor*, ch. 1006, anno 1089, 16 témoins.

3. D'Espeisses, tome I, *Des contrats*, part. I, tit. XIV, sect. II, n° 11.

4. Ord. de 1731, art. 2. Il faut faire une exception pour le Dauphiné et la Provence où nous avons montré que les ordonnances de Louis XI et du roi René ont continué à être en vigueur après l'ordonnance.

Il convient toutefois d'observer que la donation et tout ce qui la concerne est l'un des rares actes notariés pour lesquels la loi du 21 juin 1843 (art. 2) a exigé la présence effective des deux témoins ou du notaire en second. Ainsi, aux deux extrémités de l'histoire des formes de la donation, on retrouve, toute proportion gardée, une importance particulière donnée à la présence de témoins.

SECTION VI

Acceptation expresse.

Il est évident que la donation, par le fait même qu'elle est un contrat, suppose le consentement au moins tacite du donataire. S'arrêter à cette vérité serait inutile. Mais, comme le dit Pothier, « il faut distinguer entre l'acceptation et la solennité de l'acceptation ¹ ». C'est de l'acceptation considérée comme une forme spéciale de la donation que nous devons nous occuper.

La nécessité de l'acceptation expresse dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui, c'est-à-dire la manifestation de la volonté du donataire suivant une forme déterminée, n'apparaît qu'assez tard dans les pays de Droit Écrit. Elle ne semble pas d'ailleurs avoir eu une origine romaine, malgré les textes littéraires et les textes plus juridiques du Digeste ², qu'on peut invoquer et qui s'appliquent non à une acceptation solennelle, mais au simple accord des volontés, condition de fond de tout contrat. Encore, au milieu du xv^e siècle, Guido Papa passe complètement sous silence la formalité de l'acceptation expresse du donataire.

Il y a plus, il reconnaît la validité de la donation faite à un absent pourvu que connaissance lui soit donnée de la libéralité par une lettre ou un messenger du donateur ou simplement si un notaire accepte pour lui, même à son insu : *et ita etiam in d. causâ fuit inter Dominos Parlamenti conclu-*

1. Pothier, *Traité des donations entre vifs*, sect. II, art. 1, n^o 47.

2. *Térence in Andriâ*, acte 5, sect. IV, vers 47. 48. 55. D. 44. 7; 49. § 2. D. 39. 5. Nous avons essayé d'établir ce point dans notre étude sur les donations dans le droit de Justinien.

*sum, insequendo etiam generalem consuetudinem huius patriæ Delphinalis, per quam ex stipulatione notarii etiam in extraiudicialibus quæritur ius absenti et ignorantibus*¹ ».

C'est l'ordonnance d'août 1539 (art. 132-133), un peu adoucie par la déclaration de février 1549, qui imposa la formalité substantielle de l'acceptation expresse du donataire.

Au fond la nécessité de l'acceptation expresse n'était qu'une des multiples applications de la règle « donner et retenir ne vaut ». En exigeant la constatation solennelle de l'acceptation, on évitait toute incertitude sur le consentement du donataire, tout retour par conséquent du donateur, on rendait plus évident pour lui le caractère irrévocable de sa libéralité, c'est du moins le motif que nous donne Ricard, « en considérant cette question dans son principe, la raison pour laquelle l'acceptation est si essentiellement requise pour l'accomplissement d'une donation est sans doute parce qu'il est de la nature des donations entre vifs qu'elles soient fixes, permanentes et irrévocables, tant de la part du donataire que du donateur »².

Ce motif expliquerait pourquoi les pays de Droit Écrit, moins attachés que les pays coutumiers au principe de l'irrévocabilité des donations, se sont en même temps montrés moins rigoureux dans l'application des formalités de l'acceptation.

Cette tendance, forcément réfrénée par le texte précis des ordonnances de 1539 et 1549, se fait sentir au point de vue de la forme de l'acceptation et des facilités plus grandes accordées aux absents ou aux incapables.

I. — *Forme de l'acceptation.* — Les ordonnances visaient seulement le cas où la donation était faite en l'absence du donataire. La donation faite en présence du donataire demeurerait donc sujette aux anciens usages, elle restait notam-

1. *Guidonis Papæi decisiones*, quest. 49. Le changement de doctrine sur la nécessité de l'acceptation expresse apparaît au contraire, à partir du xvi^e siècle, dans les annotations des commentateurs de Guido Papa : *Annotatio Ranchini sub quest. 49. Hodie autem in hac questione non est immorandum cum ea decisa reperitur in ordinatione regiæ (anno 1539, art. 133) ubi expresse decisum est donationes non alias sortiri effectum quæ factæ sunt absenti, nisi a tempore acceptationis factæ ab ipso donatario.*

2. Ricard, *Des donations entre vifs*, t. I, 1^{re} part., ch. iv, sect. 1, § 846.

ment possible par simple signature privée dans les pays de Droit Écrit ¹.

Mais quant aux donations « qui seront faites en l'absence des dits donataires, disait expressément l'ordonnance de 1539, les notaires stipulans pour eux, elles commenceront leur effet du temps qu'elles auront été acceptées par les dits donataires en la présence des donateurs et notaires, insinuées comme dessus; autrement elles seront réputées nulles, encore que, par lettres et instrumens d'icelles, y eut clause de réten-tion d'usufruit ou constitution de préc aire, dont ne s'ensuivra aucun effet sinon depuis que les acceptations ou insinuations auront été faites comme dessus ». La déclaration de 1549 vint atténuer sur un point les rigueurs de l'acceptation : elle permit au donataire d'accepter en l'absence du donateur. L'acceptation restait donc soumise aux trois conditions suivantes : être faite du vivant du donateur, en présence du notaire assisté d'un confrère ou de deux témoins, dans un acte rapportant le texte même de la donation ².

La première règle, l'acceptation du vivant du donateur, n'a pas rencontré d'opposition dans les pays de Droit Écrit. La seconde et la troisième ne semblent pas avoir été bien fidèlement observées, du moins dans le ressort du parlement de Toulouse. Un acte de notoriété de ce parlement, du 16 juillet 1675, atteste que l'usage est de juger que la donation faite par le père ou la mère à un enfant émancipé, acceptée par le donataire par acte public ou par acte privé écrit ou signé de sa main, lors de la donation, ou longtemps après, pourvu que ce soit pendant la vie du donateur, est valable ³. En ce qui concerne l'insertion du texte de la donation dans l'acte d'acceptation, Furgole constate que

1. Ricard lui-même est obligé de reconnaître cette faculté : « Et même il semble que l'on pourrait soutenir qu'il n'est pas besoin que le contrat de donation soit passé devant notaire, nos lois ne le requérant pas. » Ricard, *loc. cit.*, § 882.

2. Déclaration de 1549 : « en interprétant et modifiant le 133^e article des ordonnances du mois d'août 1539, voulons et ordonnons que les donations faites à personnes absentes se puissent accepter par les donataires en l'absence du donateur, pourvu qu'icelle acceptation soit faite en présence de personnes publiques et témoins ou de deux notaires et que l'instrument de la donation soit inséré en la note, acte et instrument de la dite acceptation.

3. Ricard, *les Donations*, 1^{re} partie, ch. iv, sect. 1, § 882. Ricard cite dans le même sens deux autres actes de notoriété, l'un du 15 juillet 1675, émanant du parlement, l'autre du 8 juillet 1675 émanant de la viguerie de Toulouse.

« suivant l'esprit de l'article IV de l'ordonnance de 1549, il n'est pas nécessaire que la donation soit insérée mot pour mot dans l'acceptation ; il suffit qu'elle soit désignée d'une manière non équivoque ¹ ».

Il existait une seconde différence, dans la forme même de l'acceptation, entre les pays de Droit Écrit et les pays coutumiers. La jurisprudence des pays coutumiers prenant à la lettre le mot *accepter* contenu dans les ordonnances exigeait que l'acte d'acceptation exprimât, à peine de nullité, le consentement du donataire par le terme même dont s'était servi le législateur, par le mot *acceptant*. Un arrêt de la seconde chambre des enquêtes, du 30 avril 1633, infirma une donation parce que la minute portait seulement le donataire présent et omettait le mot *acceptant*, bien que l'acceptation fût entière dans la grosse, et que le donataire eût signé la minute. Ricard ajoute que la jurisprudence de cet arrêt était en pleine vigueur de son temps « et que l'on tenait pour maxime au Palais qu'une donation est imparfaite, quoique le donataire ait actuellement signé le contrat de donation qui est faite en sa faveur, si le mot *acceptant* ne s'y rencontre ² ».

La jurisprudence des pays de Droit Écrit se contentait de la manifestation du consentement du donataire sous une forme quelconque suffisamment explicite, de ce que nos vieux auteurs appelaient l'acceptation *par équipollence*. Ainsi « la donation qui a été insinuée à la requête du donataire est valable, quoiqu'elle n'ait pas été acceptée, comme aussi celle qui a été insinuée par le donateur en présence du donataire ³ ».

L'ordonnance de 1731 a repoussé les adoucissements apportés par les pays de Droit Écrit aux rigueurs de l'acceptation. L'acte notarié est devenu nécessaire non seulement pour l'acceptation postérieure à la donation, mais pour l'acceptation concomitante à la donation même (ord. de 1731-art. V). En outre l'ordonnance a pris soin d'interdire l'acceptation *par équipollence* : « l'acceptation de la donation sera expresse, sans que les juges puissent avoir aucun égard aux

1. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, art. V, p. 38, éd. de 1761.

2. Ricard, *Des donations*, 1^{re} partie, ch. iv, sect. 1, § 841.

3. Henrys (*supplément aux œuvres de Claude*), t. IV, *Des donations*, l. 1, ch. vi, n° 6.

circonstances, dont on prétendrait induire une acceptation tacite ou présumée, et ce, quand même le donataire aurait été présent à l'acte de donation et qu'il l'aurait signé ou quand il serait entré en possession des choses données (ord. de 1731, art. 6). Le Code Civil a maintenu la solennité de l'acceptation expresse, en ajoutant à la nécessité de l'acte notarié la formalité nouvelle de la notification au donateur (C. C. art. 932).

II. — *Acceptation des absents et des incapables.* — La nécessité de l'acceptation expresse était difficile à concilier avec les intérêts des absents et des incapables.

Pour les absents, antérieurement à l'ordonnance de 1539, comme leur consentement n'avait pas besoin de se manifester d'une façon solennelle, on se contentait d'une lettre, d'un envoyé qui les prévenait, d'une prise de possession effectuée par eux¹. Les jurisconsultes avaient aussi admis, à l'exemple du droit romain, que le notaire pouvait accepter pour son client absent. En réalité, c'était là une pure subtilité, car le notaire des pays de Droit Écrit n'avait nullement le caractère de l'ancien *tabularius* romain, primitivement *servus publicus*², qui, en acceptant pour un citoyen pouvait être considéré comme acquérant pour son maître. Néanmoins cet usage était fort répandu, *generalis consuetudo*, dit Guido Papa³. L'ordonnance de 1539 fit cesser toutes ces facilités.

Pour le mineur l'acceptation aurait dû, en droit, sous le régime des ordonnances, être faite par le tuteur avec avis des parents et décret du juge. On admettait néanmoins, ainsi d'ailleurs dans les pays coutumiers que dans les pays de Droit Écrit, que le tuteur pouvait accepter de sa seule autorité et, dérogation plus grave, que les ascendants jouissaient de la même faculté en faveur de leurs descendants⁴. En 1597, le parlement de Toulouse jugea qu'un prêtre ayant fait une

1. Guido Papa, quæstio 122, § 2. *Donatio quæ fit absenti inter vivos non valet, nisi interveniat nuncius vel epistola. Johannis Fabri Breviarium in codicis lib. VIII, tit. LIV, ad l. nec ambigi*, 6.

2. 3. C. de *tabulariis, scribis et logographis*, 10. 69.

3. Guido Papa, quæst. 49.

4. Ricard, *Des donations*, part. I, ch. iv, sect. 1, n° 852. 855.

donation en faveur du mariage de sa nièce, cette donation avait pu valablement être acceptée par le père de la donatrice ¹. Le même parlement allait encore plus loin. Malgré le texte formel des ordonnances, il reconnaissait la validité d'une donation acceptée par un notaire pour un enfant qui ne pouvait point parler ². Enfin il autorisait le mineur, jusqu'à vingt-cinq ans, à se faire restituer contre le défaut d'acceptation ³.

La femme mariée, dans la plus grande partie des provinces de Droit Écrit, disposant à son gré de ses biens paraphernaux, pouvait par conséquent accepter sans autorisation les donations qui lui étaient faites pour lui tenir lieu de paraphernal. Toutefois, dans les pays de Droit Écrit, du ressort du parlement de Paris, où le pouvoir de la femme sur ses biens paraphernaux ne s'étendait qu'à l'usufruit, elle demeurait soumise pour l'acceptation des donations à la nécessité de l'autorisation maritale. « Mais dans les provinces de droit, dit Sallé, qui sont dans le ressort du parlement de Paris, le pouvoir des femmes sur leurs biens paraphernaux est beaucoup plus limité; il ne s'étend qu'à l'usufruit, et les femmes mariées ne peuvent pas plus contracter sans l'autorité de leurs maris pour les biens paraphernaux que pour les biens dotaux. Ainsi leur pouvoir sur les biens paraphernaux y est à peu près le même que celui des femmes non communes ou séparées en pays coutumier; c'est pourquoi, comme les femmes non communes ou séparées en pays coutumier ne peuvent accepter sans l'autorité de leur mari les donations à elles faites, il s'en suit de même que les femmes, dans les pays de Droit Écrit du ressort du parlement de Paris, ne peuvent non plus accepter, sans l'autorité de leurs maris, les donations à elles faites pour leur tenir lieu de biens paraphernaux ⁴. » Le parlement de Bordeaux autorisait le mari à accepter une donation pour sa femme absente ⁵.

L'Église et les autres corps moraux étaient dans la même

1. *Parlement de Toulouse*. Arrêt du 4 mai 1577. Henrys (*suppléments aux œuvres de Claude*), t. IV, *Des donations*, l. 1, ch. vi, n° 6. Acceptation par la mère. Bordeaux. Arrêt du 1^{er} mai 1642. La Peyrère. Lettre D. n° 93.

2. Henrys, *loc. cit.*

3. Mainard, *Notables questions de droit*, t. II, l. VII, ch. LXXXV, n° 5.

4. Sallé, *l'Esprit des ordonnances de Louis XV*, sur l'art. 9.

5. La Peyrère, lettre D. n° 93. Arrêt du 3 mars 1646.

situation que le mineur, c'est-à-dire tenus d'accepter expressément par le ministère de leurs administrateurs, curés et marguilliers¹. Le parlement de Provence décidait cependant en 1642 qu'une donation faite à ses religieux par une communauté d'habitants, exécutée, il est vrai, pendant quatre ans, était valable sans acceptation². Le parlement de Toulouse restituait l'Église contre le défaut d'acceptation³ : on voit que, dans l'ensemble de ses décisions, la jurisprudence des pays de Droit Écrit se montrait singulièrement large sur l'acceptation des incapables.

L'ordonnance de 1731 régularisa, sur quelques points, ces usages : elle autorisa le tuteur ou le curateur⁴, les père et mère ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, à accepter la donation pour le mineur de vingt-cinq ans ou l'interdit, sans qu'il fût besoin d'aucun avis des parents pour rendre cette acceptation valable⁵. Elle laissa aux femmes le pouvoir d'accepter sans autorisation les donations qui leur seraient faites pour leur tenir lieu de bien paraphernal dans les pays où la coutume leur reconnaissait cette capacité⁶.

Mais elle repoussa toute acceptation du notaire pour l'enfant incapable de parler⁷, du mari pour la femme absente⁸, toute dispense en faveur de l'Église ou des causes pieuses⁹. Elle écarta expressément la faculté de restitution que la jurisprudence des pays de Droit Écrit avait créée au profit des incapables : « les mineurs, les interdits, l'Église, les hôpitaux, les communautés, ou autres qui jouissent des privilèges des mineurs ne pourront être restitués contre le défaut d'acceptation des donations entre vifs, le tout sans préjudice du recours tel que de droit des dits mineurs ou interdits contre leurs tuteurs ou curateurs; et desdits églises, hôpitaux, com-

1. Nous verrons plus tard les conditions de capacité de ces personnes morales, ch. v. Incapacités nouvelles, p. 280.

2. Boniface, *Arrêts notables*. Arrêt du 16 décembre 1642, t. I, l. VII, tit. I, ch. 1.

3. De Cambolas, *Décisions notables du droit*, liv. V, ch. vii.

4. Il s'agit du curateur à l'interdiction, et non du curateur à l'émancipation; dans ce sens : Demolombe. *Traité des donations entre vifs*, t. III, n° 174.

5. Ord. de 1731, art. VII.

6. art. IX.

7. art. VII.

8. art. IX.

9. art. VIII.

munautés ou autres jouissant du privilège des mineurs, contre leurs administrateurs sans qu'en aucun cas la donation puisse être confirmée sous prétexte de l'insolvabilité de ceux contre lesquels le dit recours pourra être exercé » (ord. de 1731, art. 14).

Ces dispositions de l'ordonnance de 1731 ont passé presque mot pour mot dans le Code Civil (art. 935-934-937-942). On peut signaler toutefois quelques différences : ainsi, aujourd'hui le tuteur ne peut accepter qu'avec l'autorisation du conseil de famille et le mineur émancipé qu'avec l'assistance de son curateur (art. 463-935); la femme mariée a toujours besoin d'une autorisation (art. 934).

Certaines donations ont toujours été dispensées, dans les pays de Droit Écrit, avant comme après l'ordonnance de 1731, de la nécessité de l'acceptation expresse. L'ordonnance elle-même énumère parmi les cas de dispense : les donations par contrat de mariage au profit des futurs et des enfants à naître (art. X) ¹, les donations fidéicommissaires en ce sens du moins que l'acceptation du premier donataire profite à ceux qui sont appelés au second degré (XI) ², les donations faites conjointement à des enfants nés et à naître bien qu'elles ne soient pas faites par contrat de mariage et que les donateurs soient des étrangers, l'acceptation de ceux qui sont nés dans le temps de la donation vaut pour ceux qui naîtront (XII) ³, les dons mutuels entre mari et femme (XLVI) ⁴, les institutions contractuelles (XIII) ⁵ ; on peut ajouter à cette énumération les dons manuels, les renonciations *in favorem*, les stipulations au profit d'un tiers, les donations déguisées dans un contrat onéreux.

1. Code Civil, art. 1087.

2. Le Code Civil n'a pas reproduit expressément cette dispense, mais on est d'accord pour dire qu'elle découle de la nature même de la substitution qui peut être faite au profit des donataires non encore conçus.

3. Ce cas de dispense n'existe plus dans le Code Civil (art. 906), qui n'admet la donation en faveur de personnes non conçues que dans la substitution (1048) ou dans la donation de biens à venir faite tant aux époux qu'aux enfants à naître (1082).

4. Il faut distinguer aujourd'hui quelle a été l'intention des parties, si elles ont voulu faire un échange ou une véritable donation. Demolombe, *Des donations*, tome III, n° 53.

5. Permisses dans le Code par contrat de mariage au profit des époux et des enfants à naître sous le nom de donation de biens à venir et dispensées de l'acceptation, art. 1082-1087.

SECTION VII

Insinuation

§ I. — Décadence de l'insinuation.

L'insinuation avait pénétré avec la conquête romaine dans le midi des Gaules. Elle fut maintenue en vigueur avec l'organisation même que lui donnait le Code Théodosien ¹ par les lois que les rois barbares promulguèrent pour leurs sujets romains.

Le bréviaire d'Alaric reproduit la plupart des dispositions du Code Théodosien sur l'insinuation. L'existence du défenseur de la cité et de la curie municipale est attestée par deux titres qui leur sont consacrés : *de defensoribus civitatum*, lib. I, tit. X ²; *de decurionibus*, lib. XII, tit. I ³. Le pouvoir d'insinuer de ces deux ordres de magistrats est expressément constaté : *municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialium præsentiâ, excepto magistratu et exceptore publico, semperque hic numerus in eâdem actorum testificatione servetur. Sic enim et fraudi non patebit occasio, et veritati major crescat auctoritas* (8. *Lex Rom. Wisigoth.* XII. I.) ⁴. *Contestari apud rectores provinciæ vel defensores aut omnes apud quos gesta conficiuntur, litem jubemus.* (2. *Lex Rom. Wisigoth.*, lib. II, tit. IX). *Interpretatio* ⁵.

L'obligation d'insinuer les donations est formellement imposée : *nunc nec nuptialis nec quælibet alia inter quascumque personas donatio, de quibuscumque rebus, valere potest si gestis non fuerit alliegata* (1. *Lex Rom. Wisigoth.*, lib. III, tit. V. *Interpr.*) ⁶. Toutefois sont dispensées de l'insinuation la donation à cause de mort (L. I, lib. VIII, tit. V. *Epit. Guelpherbitani* ⁷; la donation *ante nuptias* inférieure à 200 solidi

1. Voir notre première partie, *les Donations dans le droit de Justinien*, ch. iv, sect. 1, § 2.

2. Ed. Hænel, p. 26.

3. *Id.*, p. 234.

4. *Id.*, p. 238.

5. *Id.*, p. 36.

6. *Id.*, p. 76.

7. *Id.*, p. 157.

(L. 8, lib. III, tit. V. *Interpr.*¹); et même la donation *ante nuptias* supérieure à 200 solidi, du moment où elle est faite à une femme mineure, si l'absence d'insinuation provient de la négligence du mari : *si qua in pupillaribus annis marito fuerit copulata, et sponsalitiâ largitatem per negligentiam actis non alligaverit, hujus legis beneficio, etsi gesta desint, inviolabilem in suo dominio donationem noverit permanere* (L. 3, lib. III, tit. V. *Interpretatio* ².)

La loi romaine des Bourguignons proclame également la nécessité de l'insinuation : *sciendum donationes tam aviticas quam nuptiales gestorum allegatione solemni firmandas* (L. 3, tit. 22). Les cas de dispense sont les mêmes : *præter illas nuptiales donationes quæ intra ducentorum solidorum summam taxata corelatione potuerint inveniri* (L. 3, tit. 22). *Donationes has tantum sine gestis admitti, quas ætate minores, id positæ intra 25 annos accipiant, etiam si summam ducentorum solidorum probentur excedere* (L. 6, tit. 22). Le Papien exempté en outre formellement de l'insinuation les donations mobilières : *de animalibus, vestibus, gemmis vel quocumque metallo vel aliis quæ pondere, numero, mensurâ constant, omnem donandi solemnitatem in solâ traditione posse constare* (L. 7, tit. 22) ³. La loi des Bourguignons laisse toutefois une certaine latitude aux parties dans la forme même de l'insinuation qui peut se faire d'après l'usage des lieux, mais en suivant les règles du Code Théodosien : *gesta secundum locorum consuetudinem fieri placuit, nec interest apud quem defensorem fuerit celebrata, secundum legem Theodosiani sub titulo de donationibus* (L. 4, tit. 22) ⁴.

Il importe toutefois de remarquer que la formalité de l'insinuation ne se retrouve pas dans la législation personnelle des barbares conquérants : la loi barbare des Wisigoths ne prescrit nulle part l'insinuation (L. 6, lib. V, tit. II) ⁵. La loi des Burgondes permet seulement au barbare d'user, à son choix, des formes romaines parmi lesquelles elle semble bien indiquer l'insinuation : *si quis posthæc barbarus vel testari*

1. *Id.*, p. 80.

2. Hænel, *loc. cit.*, p. 78.

3. Pertz, *Leges*, tome III, p. 640.

4. *Id.*, p. 640.

5. Walter, *Corpus juris Germanici*, tome I, p. 516.

voluerit, vel donare, aut romanam consuetudinem, aut barbaricam esse servandam, si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit, id est, ut, aut scripturis legitimis, quod largiri cuicumque voluerit, teneatur, aut certe quinque ingenuorum testimonio, quod dimittere voluerit vel donare, robur accipiat (tit. LX, § 1) ¹.

En dehors des monuments législatifs, nous trouvons dans les recueils de formules de nombreuses preuves de la pratique de l'insinuation. Les formules Wisigothiques, que M. de Rozière a publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque de Madrid, contiennent « l'application du droit romain dans les donations, les testaments, les ventes et dans l'usage d'insinuer les actes parmi les registres de la curie... Ces formules appartiennent à l'époque où les vainqueurs et les vaincus formaient encore deux peuples distincts ² ». Elles sont par conséquent antérieures au VII^e siècle, puisque Chindaswinde († 652) et Reccessuinthe († 672) achevèrent alors de réunir violemment les barbares wisigoths et les Gallo-Romains en enlevant à ces derniers le droit de se régir par la loi romaine³. Bien qu'elles soient surtout intéressantes pour l'Espagne, on peut néanmoins penser qu'elles reflètent les usages de l'Aquitaine et d'une partie de la Provence, qui sont restées au pouvoir des Wisigoths jusqu'au commencement du VI^e siècle, et de la Septimanie ou Gothie que les Francs n'ont conquise qu'au VIII^e siècle.

Les formules publiées par M. Pardessus dans la bibliothèque de l'École des Chartes ⁴ donnent aussi des modèles d'insinuation (formules I et II, XI et XIV). Les formules XI et XIV paraissent bien, notamment, appartenir à un recueil de formules du midi, car d'autres formules du même manuscrit (manuscrit de M. Michel) mentionnent l'olivier, arbre du sud de la France (formule III), ou font allusion à des immunités accordées aux villes de Marseille, d'Arles, d'Avignon, de Sisteron (formule VI).

1. Pertz, *Leges*, tome III, p. 560.

2. Rozière (Eugène de). *Formules Wisigothiques* inédites publiées d'après un manuscrit de la Bibliothèque de Madrid. Paris, Durand, 1854, in-8° de 4 feuilles. Introduction page 24, form. 25. *Gesta testamenti*.

3. *Legis Wisigoth.*, lois 9 et 10, lib. II, tit. I. Walter, *Corpus juris Germanici*, t. I, p. 428.

4. Pardessus, *Bibliothèque de l'École des Chartes*, tome IV, 1842, page 14.

D'ailleurs, la formalité de l'insinuation semble à cette époque répandue dans toute la Gaule ¹. Si l'insinuation était ainsi en vigueur dans le nord, à plus forte raison devait-elle être en usage dans le midi, plus soumis aux influences romaines.

Déjà cependant l'insinuation n'est plus rigoureusement obligatoire. Plusieurs formules ne mentionnent pas l'accomplissement de l'enregistrement : la donation est simplement accompagnée d'une clause pénale ², elle est contresignée par des témoins ³, ou bien faite en présence du roi ⁴, ou du comte et des rachimbourgs ⁵. « Or il n'est pas téméraire de penser, fait remarquer M. Martel, que la seule possibilité du choix laissé aux parties n'ait été un obstacle à la pratique fréquente de l'enregistrement. Si cette formalité donne, en effet, des garanties pour la preuve, elle entraîne nécessairement une perte de temps et des frais devant lesquels souvent les contractants reculent... Qu'on rende aujourd'hui l'enregistrement ⁶ facultatif, combien de personnes continueront d'y avoir recours ⁷ ? »

A partir de la fin du VII^e siècle, nous entrons dans une période d'incertitude où il est bien difficile de savoir si la formalité de l'insinuation continue à être observée ⁸.

Les documents que nous possédons sur l'usage de l'insinuation dans le midi de la France pendant les VIII^e, IX^e, X^e et XI^e siècles sont rares. Les formules Wisigothiques ont été

1. Les formules d'insinuation réunies dans le *Recueil général* de M. de Rozière appartiennent aux recueils les plus divers : CCLIX, *Marculf* ; CCLX, *Andegavensis* ; CCLXI, append. *ad Marculf* ; CCLXII, append. *ad Andeg.* ; CCLXIII, Sirmond ; CCLXIV, CCLXV, CCLXVI, publiées par Pardessus dans la bibliothèque de l'école des Chartes, tome IV. 1842. pages 14, 15, 21, 22. Comme *actes originaux* mentionnant l'insinuation Raynouard cite au VI^e siècle une charte de Clermont (Baluze, *Miscellanea*, tome IV, p. 544) ; en 615, le testament de Bertrand, évêque du Mans, en 642, celui de Har道ind, évêque de la même ville (*diplomata. Chartæ*, tome I, pp. 115-191) ; en 667, celui de l'abbé de Saint-Aignan d'Orléans (*diplomata*, page 508) ; en 696, celui de l'abbé de Génias, présenté au sénat de Vienne ; en 697, une donation produite à l'assemblée des Nobles de Bourges (*dipl. Chartæ*, tome I, pag. 349). Raynouard, *Hist. du droit municipal en France*, tome I, livre II, pages 316, 320, 321, 323.

2. De Rozière, tome I, form. CCLIX. *Formul. Angevine*, n^o 34, § 2.

3. *Id.*, tome I, form. CC. *Formul. Lindenb.*, n^o 18.

4. *Id.*, tome I, form. CCLIII. *Formul. Marculf.*, I, 12.

5. *Id.*, tome I, form. CCLII. *In cod. Vatic.*

6. Il serait plus exact de dire la transcription.

7. Martel, *Étude sur l'enregistrement dans les gesta municipalia*, p. 103.

8. Toute trace certaine d'enregistrement à la curie disparaît, ce semble, dans la seconde moitié du VII^e siècle. Viollet, *Précis de l'histoire du Droit français. Droit privé*, p. 780. Martel, *loc. cit.*, page 130.

réunies avant le milieu du ^{vii}^e siècle ¹. Les autres recueils appartiennent au nord ou au centre et sont d'ailleurs à peu près de la même époque ². En outre « ces sources ne doivent être consultées pour l'histoire du droit qu'avec beaucoup de discernement. Telle formule répétée dans le recueil ne prouve pas la conservation des principes qu'elle exprime. Souvent c'est une lettre morte, dont le sens est perdu depuis plusieurs siècles et que l'on applique d'une manière ridicule ³ ». Nous avons déjà rencontré un exemple de ces clauses qui survivent à des institutions disparues dans la mention fréquente de la *stipulatio subnixæ* ⁴.

On cite aussi quelques textes originaux qui laissent supposer que l'insinuation n'a pas complètement disparu pendant cette période obscure dans le midi de la France.

Une charte de l'an 928, contenue dans le cartulaire de Notre-Dame de Nîmes⁵, fait mention d'une confirmation par les *curiales* et par le *defensor*, ce qui ressemble bien à une insinuation. Dans cette pièce, l'évêque de Nîmes expose qu'une charte de donation en faveur de la cathédrale a été perdue. Il demande à un dignitaire, le seigneur Fredolo, qu'il qualifie tour à tour de *defensor*, de *defensator*, d'*auctor* ou *actor curialium*, de faire confirmer la charte nouvelle qu'il présente. A l'appui de sa requête, il invoque les motifs suivants... « et multa naufragia, ab antiquis temporibus usque in novissimis diebus, per singulas quascumque provincias orbis terre, semper debeat pia consideratione princeps habere, et legis doctores decreta fecerunt, quod si instrumenta cartarum, per turbis hostium vel fures vel incendium aut per quodcumque ingenium genera naufragiorum destructas vel deperitas, hoc innovetur *auctor curialium* proponat; et quos testati nullas seu et plancturia contra collecta, ad

1. Nous l'avons montré ci-dessus.

2. On place généralement la rédaction des formules d'Auvergne au ^{vi}^e siècle, celle des formules angevines à la fin du ^{vii}^e, celles des formules de Marculf au milieu ou à la fin du ^{viii}^e siècle. Les formules Tourangelles, dites de Sirmond, sont seules postérieures et ont été rédigées à la fin du ^{viii}^e siècle; elles contiennent une formule d'insinuation (n° 2-3) et une autre formule mentionnant l'enregistrement (formule 17).

3. Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, trad. Guénoux, tome I, ch. vi, § 140, p. 306.

4. Section III, de ce chapitre. Emploi de l'écriture.

5. *Cartulaire du chapitre de l'Eglise cathédrale de Nîmes* (Nîmes, A. Catellan, 1875), n° 32, page 56. Ménard, *Histoire de Nîmes*, tome I, preuves, pp. 19 et 20,

aures publice per biduum vel triduum appendat, ut auctor vel *defensor Fredoloni*, de Castro Andusiense, *in ejus præsentiâ, facimus plancturiam*... Precamur vos, continue l'évêque, domne Fredolo, *actor vel defensor*, cum judices vestros vel ceterasque personas possessio nostra per hanc occasionem non rompatur... Laudamus te, vir laudabilis, *defensor Fredolo*, nec non et vos, *honorati, qui curas publicas agitis* assidue, *ut istam plancturiam firmare faciatis*, quomodo nobis necessarium fuit. Factâ plancturiâ et appensâ istâ, in mense primo, etc... »

Nous pensons qu'il est bien difficile d'affirmer que les mots *in ejus præsentiâ facimus plancturiam* et plus loin *ut istam plancturiam firmare faciatis* désignent les formalités de l'insinuation. Il nous paraît seulement résulter de ce texte que l'évêque demande l'approbation du *defensor* ou des *curiales* pour un nouveau titre destiné à remplacer celui qui a été perdu. Mais rien ne prouve que ce nouveau titre doive être transcrit ni qu'il soit une copie délivrée par l'autorité sur une minute qu'elle aurait conservée dans ses archives. En tous cas, le titre de *defensor* est une expression qui n'a plus de sens actuel et il est bien probable qu'il en est de même du titre de *curialis*. « Pour nous en convaincre, dit M. Martel¹, passons à une autre pièce : il n'est pas nécessaire d'aller la chercher bien loin : c'est la pièce suivante du même cartulaire². Nous y lisons ceci : « Notitia annociationis seu et reclamationis nec non et sacramentum, qualiter veniens dominus Ugbertus, gratiâ Dei sedis Nemausensis episcopus, cum mandatario suo Ictore, ad castrum Andusiensem *in præsentiâ Fredelone, misso Raimundo comite* : Alteri mo proposito ; Alemerado, vasso Raimundo comite, nec non et judices, Ermerardo, Blicario, Ebrardo, *misso Fredelone*, et alios homines vel aliorum bonorum hominum... » Le scribe ne copie plus sa formule ; la vérité historique apparaît et le *defensor* devient ce qu'il est, en réalité un *missus comitis*, un *vicarius*, un lieutenant du comte. »

Nous avons trouvé dans le cartulaire de Saint-Victor de

1. Martel, *Etude sur l'enregistrement des actes de droit privé dans les gesta municipalia*, p. 428.

2. *Cartulaire de Notre-Dame de Nîmes*, n° 33, pp. 57 et 58.

Marseille deux chartes dont les expressions paraissent, à première vue, s'appliquer à l'insinuation.

L'une, de l'an 1030, est ainsi conçue : « cum temporibus liquet antiquioribus donationem cunctam sine ullâ titulatione valuisse et stabilitatis rigore sui viguisse, modernis tamen temporibus legalibus edictis constat aliter stabilitum, nullam donationem, videlicet *sine litteralibus gestis* valere sancitum... Ego Pontius, ecclesie Dei Massiliensis episcopus, aliquid eidem ecclesiæ ex rebus pertinentibus monasterio excellentissimi Dei martirii dono *gestis alligatum* ¹. »

L'autre, de l'an 984, s'exprime en ces termes : « ante tempus legi istius donationis, etiam sine gestorum testificatione, valebat. Nunc vero post hanc legem, nec nuptialis, *nec quelibet donatio valere potest, si gestibus non fuerit alligata. Hic est carta conventionis* ². » La phrase *nec quelibet donatio valere potest si gestibus non fuerit alligata* paraît surtout concluante en faveur de l'usage de l'insinuation, d'autant plus que le rédacteur s'est évidemment inspiré de l'*interpretatio* même du bréviaire d'Alaric : *nunc nec nuptialis nec quelibet alia inter quascumque personas donatio, de quibuscumque rebus valere potest, si gestis non fuerit alligata* ³. Nous n'osons néanmoins invoquer ces deux textes en faveur de l'usage de l'insinuation. Si l'insinuation avait subsisté, comment, dans les nombreuses chartes que renferme le cartulaire de Saint-Victor, comment, dans cette charte même, si explicite, où les noms des témoins sont relatés avec soin, ne trouverions-nous pas mention du procès-verbal d'insinuation que nous révèlent les formules antérieures ? Il est bien probable que le rédacteur du texte a confondu l'écriture avec l'insinuation et que nous sommes ici en présence d'une des nombreuses chartes où la nécessité de l'écriture est proclamée comme un droit nouveau dans des termes à peu près identiques : *ante hujus rudis institutionum legis, quæ moderni nos utimur, quelibet sine conglutinatione litterarum donatio vigeat. Nunc autem quia conditio a posterioribus nobis imposita dominatur, ipsa vide-*

1. Cartulaire de Saint-Victor, *Cartularium majus*, ch. 21.

2. Cartulaire de Saint-Victor, *Cartularium majus*, ch. 70.

3. *Lex Rom. Visigothorum*, l. I, lib. 3, tit. 5. *Interp. Hænet*, p. 76.

licet donatio vigere non permittitur, nisi fuerit nodulis litterarum colligata (anno 1006) ¹.

D'autres chartes affirment au contraire l'inutilité de l'insinuation : *cessio sola sufficit sine gestorum allegatione*, dit la charte d'une donation faite dans le Rouergue en 945 ².

En présence de cette pénurie de documents, on nous permettra de rappeler brièvement les principaux textes, même étrangers aux pays de Droit Écrit, qu'on invoque généralement pour démontrer la persistance de l'insinuation du VIII^e au XI^e siècle. Comme nous l'avons déjà dit, si l'insinuation est restée en usage dans le nord, à plus forte raison a-t-elle dû être pratiquée dans le midi, plus attaché aux coutumes romaines.

Trois de ces textes sont postérieurs au VII^e siècle.

1^o Un capitulaire de Louis le Débonnaire (817-876), défendant l'aliénation des biens d'église, frappe en ces termes les différents magistrats qui ont concouru à cette aliénation : « *tabellionem qui talia interdicta monumenta conscripsit perpetuo exilio tradi oportet. Magistratus autem qui eadem instrumenta admiserunt et officiales qui operam dederunt ut et monumentis intimentur donationes, vel cæteræ alienationes actis intervenientibus confirmetur, non solum magistratu, sed etiam dignitate et facultatibus cedant* ³. »

Raynouard voit dans ce texte, d'ailleurs très clair, la preuve que l'enregistrement des donations était encore pratiqué au IX^e siècle ⁴.

On a toutefois fait remarquer « que le capitulaire en question reproduit en substance une constitution de l'empereur Léon à laquelle il fait allusion expressément (l. § 3 et 4. C. 1. 14) ⁵... Or n'est-il pas vraisemblable que, sans distinguer nettement entre les dispositions tombées en désuétude et celles vivant encore dans la pratique, le rédacteur ait fait

1. *Cartulair^e de Saint-Victor*, ch. 653.

2. Baluze, *Hist. Arvern.*, tit. II, preuves, anno 915. Nous trouvons la même mention dans une donation de l'an 1032 rapportée par du Cange. M. Larnaud, *Etude sur la publicité des donations*, p. 105.

3. Pertz, *Leges*, tome I. p. 297.

4. Raynouard, *Histoire du droit municipal en France*, tome I, l. II, ch. 9, p. 331.

5. *His tabellionibus, qui hujusmodi contractuum velitorum ausi fuerint instrumenta conscribere, irrevocabilis exilii animadversione plectendis. His quoque iudicibus, vel jus gestorum habentibus, qui hujusmodi donationum velitorum gesta confecerint dignitatis propriæ et bonorum omnium spoliatione damnandis.* l. § 3 et 4. C. 1. 14.

mention de cette formalité de l'enregistrement à laquelle sans doute il n'aurait pas songé, s'il n'avait eu sous les yeux le texte romain ¹.» Cette confusion paraît peu vraisemblable, si l'on compare le texte du capitulaire et celui du Code, car la copie n'est nullement littérale, ce qui aurait eu lieu si l'auteur du capitulaire avait suivi sans intelligence son modèle.

Un reproche plus sérieux peut être fait aux conclusions de Raynouard. Rien ne prouve que les magistrats, *magistratus et officiales*, dont il est parlé dans le capitulaire soient les membres de l'ancienne curie municipale. Les capitulaires de Louis le Germanique ne font aucune allusion à l'organisation municipale romaine ². Au contraire, ils parlent, à maintes reprises, de l'*episcopus*, de l'*abba*, du *comes*, des *judices*, *vice-domini*, *præpositi*, *advocati*, *centenarii*, *scabinei* ³. Il est très probable que si l'insinuation avait lieu, c'était devant un de ces magistrats.

2° Le second texte date de 804 ⁴. C'est une donation par Harvich d'Angers à l'abbaye de Prum. La donation contient quatre actes : 1° acte de donation, portant que l'insinuation sera faite en présence de la curie ; 2° procès-verbal de la tradition ; 3° mandat donné à Aganbertus de veiller à l'insinuation ; 4° insinuation même « dont la rédaction s'accorde bien avec les recueils de formules et les procès-verbaux de Ravenne rapportés par Marini. L'affaire se réduit à un dialogue entre le défenseur et le mandataire, et à une copie du procès-verbal signé des *curiales* ⁵ ». Cette ressemblance si parfaite avec les recueils de formules est précisément ce qui inquiète d'autres auteurs : « plus d'originalité dans les formes, dit Martel, dans la rédaction, donnerait, ce nous semble, plus d'autorité à l'acte, tandis que nous n'y voyons toujours, comme en tant d'autres pièces, que la copie de formules

1. Martel. *Etude sur l'enregistrement des actes de droit privé*, dans les *Gesta municipalia*, p. 418.

2. Martel, *loc. cit.*, p. 120.

3. « Ut judices, vicedomini, præpositi, advocati, centenarii, scabinei, boni et veraces et mansueti, cum comite et populo eligantur et constituantur ad sua ministeria exercenda. » Pertz, *Leges*, t. I, p. 156, n° 22.

4. On trouve ce texte dans Martène et Durand, *Veterum scriptorum et monumentorum amplissima collectio*, tome I, pp. 54 à 59.

5. Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, trad. Guenoux, t. I, ch. v, § 96, pp. 210, 211. Raynouard, *Hist. du droit municipal en France*, t. I, l. II, ch. 3, § 4, p. 327.

qui ne correspondent à rien de réel¹ ». En tous cas, les textes eux-mêmes se contredisent : le premier acte, l'acte de donation, exclut l'insinuation, *præsente vero donatione nequaquam augrialium vilitate gestis municipalibus alegarie curavi et omnino decrevi nec aliquando ab hac causa quisquis reperire*², tandis que le quatrième est précisément le procès-verbal d'insinuation.

D'ailleurs, comme dans la donation que nous avons citée d'après le cartulaire de Nîmes, les qualifications données aux magistrats chargés de procéder à l'insinuation sont certainement erronées. Le *vir laudabilis Wilfredus defensor* du procès-verbal d'insinuation devient, au moment de la signature, le *vicedomus Wilfredus, signum Wilfredo vicedomo*³.

3° Le troisième texte, une donation à l'abbaye de Saint-Denis, de l'an 945, mentionne encore l'insinuation, mais c'est pour défendre d'y avoir recours : *præsentem vero donationem nequaquam a curialium vilitate gestis municipalibus alligare curavimus et omnino decernimus ne aliquando in eam hoc casu quisquam valeat reperire*⁴.

En résumé, depuis le VIII^e siècle, l'insinuation n'est plus mentionnée que dans de rares documents, peut-être même ces mentions ne sont-elles que la reproduction routinière d'un droit tombé en désuétude. En tous cas, les officiers chargés de procéder à l'insinuation, si elle subsiste encore, sont en réalité, sous les titres romains qui les désignent, des représentants de l'organisation féodale naissante. A partir du XI^e siècle, la disparition de l'insinuation devient très certainement définitive, même dans les pays de Droit Écrit. Ainsi les *petri exceptiones* qui reproduisent le droit romain connu à cette époque gardent le silence sur la formalité de l'enregistrement⁵.

Plusieurs causes ont contribué à faire tomber en désuétude l'insinuation.

En général, surtout dans les périodes coutumières, une

1. Martel. *loc. cit.*, p. 123.

2. Martène et Durand, *loc. cit.*, p. 56.

3. Martène et Durand, *loc. cit.* p. 59.

4. Doublet, *Histoire de l'abbaye de Saint-Denis*, I, 3, p. 738.

5. *Petri exceptiones*. Texte édité par Savigny. *Histoire du droit romain au moyen-âge*. trad. Guenoux, tome IV, *in fine*. « Ce recueil a été composé un peu après le milieu du XI^e siècle. » Savigny, *loc. cit.*, tome II, ch. IX, § 50.

institution juridique ne subsiste que dans la mesure même de son utilité. Or, tant que dure le formalisme, le double but de l'insinuation, protection du donateur, avertissement donné aux tiers, est rempli par les formes solennelles de la donation. C'est seulement quand la tradition s'est substituée dans l'usage à la mancipation et à l'*in jure cessio* que l'insinuation est apparue dans le droit romain.

Après l'invasion barbare, nous avons vu le droit revenir au formalisme primitif. La tradition réelle de l'objet donné est devenue nécessaire ; de nombreux témoins ont été appelés à assister au contrat de mariage. En même temps, le régime féodal s'est établi. « La base de ce système étant la confusion du droit de propriété et du droit de souveraineté, toute mutation de propriété devait être rendue publique. Ainsi toutes les fois que la donation portait sur un immeuble les parties comparaissaient en personne devant le seigneur féodal. Avec elles venaient de nombreux témoins choisis dans la même seigneurie. Or, comme chaque seigneurie était un petit état indépendant et presque sans relations avec les seigneuries voisines, il y avait dans cette manière de réaliser la donation une publicité bien suffisante; les intéressés ne pouvaient l'ignorer¹. » Dans ces conditions, l'insinuation, cessant d'être utile, disparut peu à peu avec le régime municipal que la féodalité remplaçait, avec les souvenirs du droit romain que les coutumes barbares effaçaient de plus en plus, même dans le midi.

Il faut compter aussi parmi les causes de disparition de l'insinuation² l'influence de l'Église. Beaucoup d'établissements religieux, églises ou monastères, jouissaient de nombreuses immunités, parmi lesquelles l'exemption de toute juridiction civile. Il n'est pas étonnant que ces puissantes abbayes, souveraines sur leur territoire, ne se soient pas soumises à la formalité de l'insinuation qui supposait précisément le concours d'officiers du pouvoir civil. On peut remarquer en effet que, parmi les nombreux actes renfermés dans les cartulaires, c'est le très petit nombre qui mentionne

1. M. Larnau, *Etude sur la publicité des donations*, p. 106.

2. La défense faite par Chindaswinde et Recceswinthe à leurs sujets de se servir du droit romain n'a pas eu grande influence sur le sort de l'insinuation en France. Quand elle a été édictée les Wisigoths étaient rejetés en Espagne.

la formalité de l'insinuation¹. La même remarque s'applique aux formules de donations *ad acta sanctorum* : parmi celles qu'énumère² M. de Rozière, il n'y en a qu'une qui fasse allusion à l'enregistrement, et cela pour en repousser l'emploi : *præsentem donationem nequicquam curialium vilitate gestis municipalibus alligari curavimus et omnino decernimus ne aliquando in eam ob hoc causam quisquam valeat reperire*³. Quelques chartes d'immunité indiquent même formellement, parmi les faveurs octroyées, la dispense d'insinuation : *decrevi per hanc cartulam immunitatis et cessionis meam basilicam superius nuncupatam sine gestorum obligatione manere, et quia id antea consuetudo non fuit et modo a regibus et principibus mihi est concessum*⁴.

Du reste les abbayes entouraient la donation d'une grande publicité. Nous avons cité, en parlant de l'importance du témoignage, des chartes du midi où 15 et 20 témoins sont appelés. Beaucoup de formules ou de chartes de donation aux églises énoncent que l'acte a été passé publiquement : *factâ cessione vel donatione iste, in Massiliâ civitate, publice*⁵. *Actum illo publico mallo*⁶. Les textes ont même soin de constater qu'il y avait un grand concours de peuple : *coram frequentiâ populi*⁷... *Actum illo loco publico, presentibus quorum hic signa continentur, necnon reliquâ multitudine populi*⁸. La publicité orale remplace, à ce moment, la publicité écrite. Cette évolution est d'ailleurs bien dans l'esprit de l'époque : c'est le temps où règne la maxime « témoins passent lettres », celui où la coutume elle-même est constatée

1. On trouve par exemple, dans le *Cartulaire de Saint-Victor*, quelques rares chartes constatant l'accomplissement de l'insinuation, mais elles sont du xiii^e siècle (chartes 905-998).

2. De Rozière, *Recueil général des formules, donationes ad loca sanctorum*, formules 194 à 216.

3. De Rozière, *loc. cit.*, formule 215, extraite du formulaire de Marculf, II, 3. Le mot *nequicquam* a été mis à tort dans cette formule pour *nequaquam* que nous avons trouvé dans la charte de donation à l'abbaye de Saint-Denis, ci-dessus citée, Martel. *Etude sur l'enregistrement des actes de droit privé dans le gesta municipalia*, p. 106, note 2.

4. « Charta quâ Germanus, parisiensis episcopus, immunitates concedit parisiensi basilicæ S. Crucis et S. Vincentii » (ann. 566). Pardessus, *Diplomata, chartæ*, tome I, p. 128. La même concession a dû être faite à des abbayes ou à des églises du midi.

5. *Cartulaire de Saint-Victor*, n° 70. 72.

6. Formules de Rozière, n° CCX.

7. *id.* n° CCXI.

8. *id.* n° CCXII.

dans des enquêtes par *tourbes*. L'insinuation ne peut échapper à ce mouvement général ; elle disparaît momentanément. La présence de nombreux témoins concourant à la donation remplace le dépôt de l'acte dans des archives publiques que les greffiers des seigneurs, plus occupés à faire la guerre qu'à rendre la justice, n'auraient eu ni le temps, ni la patience, ni souvent la capacité de tenir avec ordre.

§ II. — Renaissance de l'insinuation.

La renaissance du droit romain, au douzième siècle, fit revivre rapidement dans les pays de Droit Écrit la pratique de l'insinuation. Dès 1172, une donation de la comtesse Béatrix au comte de Toulouse mentionne de nouveau l'insinuation : *præfatam donationem confirmarique et præsentibus actis inseri insinuarique faciens* ¹. L'insinuation ainsi renouvelée est soumise désormais aux règles du Code de Justinien, non aux prescriptions du Code de Théodose : il est facile de s'apercevoir de suite de ce changement, car les chartes parlent aussitôt du maximum de 500 solidi auquel Justinien a reporté la limite de la dispense d'insinuation : *renuncio omnibus legibus, quæ donationem absque insinuatione factam cassant in hoc quod excedit summam quingentorum solidorum* ² (anno 1212).

En 1271, Durandi décrit ainsi les formalités de l'insinuation : *quidam autem dicunt quod si quædam donatio valet quingentos aureos non sufficit prædictâ formâ : imo debet primo totus actus scribi et postea coram iudice partibus publicari iudicis auctoritate : et tunc in fine instrumenti ita dicet. Hæc omnia in scriptis coram tali domino iudice suâ auctoritate prebente factâ et insinuata sunt presentibus et subscriptis in presentiâ talium testium. Ego A. donator omnia*

1. Dom Vaissette, *Histoire générale du Languedoc*, t. III, preuves, pp. 128-129-130. On peut encore citer, comme preuves de la renaissance de l'insinuation, deux chartes du *Cartulaire de Saint-Victor* de 1212 et 1214, n^{os} 905, 998, la charte d'une donation de la vicomté de Marseille au comte de Toulouse en 1230, *Histoire générale du Languedoc*, t. III, preuves, p. 352 ; la charte d'une donation de la baronnie de Montauban en 1284. *Histoire du Dauphiné*, de Valbonays, t. II, preuves, p. 118, M. Larnaud, *tude sur la publicité des donations*, indique plusieurs donations faites en Auvergne en 1268, 1273, 1275. Baluze, *Historia Arvernensis*, II, preuves, pp. 128, 277, 329, 342.

2. *Cartulaire de Saint-Victor*, ch. n^o 905.

predicta fieri rogavi et subscripsi. Et bene est quia index similiter se subscribat ¹.

Nous avons retrouvé ces mêmes formalités mises exactement en pratique dans une charte de donation, de l'an 1284, passée à Montauban : *in nomine Domini, amen : anno Incarnationis ejusdem 1284 videlicet quarto nonas novembris, nobilis Randona... constituta in præsentia nobilis et discreti viri D. Bermundi de Monteferrio, doctoris legum tenentis locum illustris viri Jacobi, Dei gratia regis Majoricarum, Domini Montispessulani in monte Pessulano et totâ ejus baroniâ, dict., si quidem Dom. Randona dixit et insinuavit D. locum tenenti se velle donare donatione inter vivos domino Ronsolino... Et in continenti dict. Randona in præsentiâ D. locum tenentis et mei notarii infrascripti et testium infrascriptorum fecit dict. donationem forma quæ sequitur infrascripta : ego Randona dono et trado tibi... Qui dict. D. locum tenens supplicationi Ronsolini et procuratoris prædictorum annuens et sciens dict. donationem sic processisse, prout continetur superius, ad instantiam et requisitionem procuratoris et Ronsolini prædictor. dictam insinuationem acceptans, auctoritatem suam eidem interposuit pariter et decretum ut locum tenens D. Regis præd. domini Montispessulani superius memorati. Actum fuit... presentibus testibus D. Bertrando de Pradello jurisperito, Ermengario de Melguerio domicillo et me Petro de Lacelmus auctoritate imperiali et dictæ nobilis D. Randonæ publico notario* ².

Les causes de dispense d'insinuation sont encore très nombreuses. La donation au-dessous de 500 solidi n'est pas soumise à la formalité de l'enregistrement. Sont en outre complètement dispensées de l'insinuation : les donations pies³, les donations à cause de mort⁴ ; les donations par contrat de mariage⁵ ; les donations à des mineurs⁶ ; les donations

1. Durandi, *Speculum Juris*, l. II, particul. II, de *instrum.*, édit. 14, § porro, n° 5.

2. *Histoire du Dauphiné*, de Valbonays, t. I, preuves p. 118.

3. Durandi, *loc. cit.* Faber, in *suo codice*, lib. VIII, tit. XXXVI, def. 12.

4. Durandi, *loc. cit.*, n° 3. Guido Papa. *Decisiones delphinales*, quæstio CCCXXV, § 5, quæstio 610.

5. Guido Papa, quæst. 325, § 4. Faber, in *suo codice*, lib. VIII, tit. XL, def. II.

6. Bacquet, *Des droits de Justice*, ch. xxi, n° 373.

rémunératoires¹; la donation des meubles²; les donations des princes aux particuliers et des particuliers aux princes³; la donation du capitaine à ses soldats⁴; la donation pour le rachat des captifs⁵; pour la réédification d'une maison incendiée⁶. On retrouve, en un mot, tous les cas de dispense dont Justinien s'est montré prodigue.

Le but de l'insinuation n'apparaît même plus clairement⁷. Durandi fournit au donateur le moyen d'échapper à la nécessité de l'insinuation en déclarant que si la donation dépasse 500 solidi elle devra être considérée comme fractionnée en plusieurs donations : *quam quidem donationem si summa quingentorum aureorum excederet, plurium donationum vires obtinere volo*⁸. D'autres jurisconsultes examinent la question de savoir si le donateur ne peut pas renoncer à se prévaloir du défaut d'insinuation ou même s'engager par serment à ne pas invoquer ce moyen de nullité⁹.

En tous cas les chartes mettent en pratique cette renonciation : *renuncio omnibus legibus, quæ donationem absque insinuatione factam cassant in hoc quod excedit summam quingentorum solidorum*¹⁰.

Au milieu de ces nombreuses dispenses, l'utilité de l'enregistrement est singulièrement diminuée. Cependant quelques textes, ayant un caractère législatif, commencent, déjà, à réglementer, dès le xiii^e et le xiv^e siècle, la matière de l'insinuation dans les pays de Droit Écrit.

Les statuts municipaux de la ville d'Apt, de 1252, imposent en ces termes l'insinuation : *item voluerunt et mandaverunt quod apud eos (dominos de Symiana) seu judicem eorum fiat insynuatio testamentorum et publicatio testium et testamentorum. Item insynuatio donationum*¹¹.

1. Guido Papa, *la Jurisprudence du célèbre conseiller dans ses décisions*, section III. art. 2, p. 233.

2. D'Espeisses, t. I, *Des contrats*, part. I, tit. XIV, sect. II, § 5, p. 445.

3. Bacquet, *Des droits de Justice*, ch. XXI, n^{os} 375-376.

4-5-6. D'Espeisses, *loc. cit.*, § 5, n^{os} 1-7-8.

7. Cependant Guido Papa indique bien le motif de l'insinuation : *quia insinuatio requiritur propter duo, primo ut non fiat donatio clam, sed publice, ne donans fraudetur... secundo quod fiat insinuatio apud judicem, quia in his quæ coram eo fiunt, metus et dolus abesse præsumuntur*. *Decisiones senatus Delphini*, quæstio, 325.

8. Durandi, *loc. cit.*, n^o 4.

9. Durandi, *loc. cit.*, *additiones*, n^o 5, note g.

10. *Cartulaire de Saint-Victor*, anno 1212, ch. 905, anno 1214, ch. 998.

11. Charles Giraud, *Essais sur l'histoire du droit français au moyen-âge*, t. II, p. 139.

En 1302, le sénéchal de Beaucaire, frappé des inconvénients des donations clandestines, rappelle formellement la nullité des donations non insinuées : « cum pervenisset ad aures nobilis ac potentis viri D. Joannis de Arreblago militis D. Francorum Regis, senescalli Bellicardi et Nemansi, ex querimoniâ nonnullorum hominum et militum relatu, in publicis assisiis Andusiæ et Alesti, et etiam in aliis locis dictæ senescalliæ, super eo videlicet quod multæ donationes clandestine et fraudulose, absque præsidis insinuatione in diversis locis dictæ senescalliæ... propter quas multi exheredati erant et postea donatarii per patriam mendicabantur et fame moriebantur, ratione donationum prædictarum... Deinde dictus D. seneschallus voluit et ordinavit quod donationes illas si quæ fierent in futurum clandestinæ palam vel occulte, nullam obtineant roboris firmitatem; sed eas tales donationes, si in judicio præsententur, tanquam nullæ habentur ¹. »

On peut également signaler comme une application de l'insinuation les mesures de publicité imposées par Louis XI, en 1456, pour le Dauphiné et par le roi René, en 1472, pour la Provence. Nous avons déjà analysé ces formalités ² : la donation devra être faite, lue et publiée en présence du bailli, juge ou châtelain du domicile du donateur, et, en outre, en présence de trois de ses plus proches parents, en Dauphiné, et de deux parents ou alliés et de l'un des syndics ou procureur du lieu en Provence ³.

Enfin, au xvi^e siècle, l'exemple des pays de Droit Écrit et les dangers des donations occultes devenus plus grands avec l'usage de la tradition feinte finirent par décider François I^{er} à faire de l'insinuation une mesure générale à tout le royaume. « A l'égard de ce qui s'est passé parmi nous, dit Ricard, du tems de la réalité de nos coutumes, l'insinuation n'était nullement connue dans ce royaume, mais l'usage des traditions par voyes feintes y ayant été introduit depuis la connaissance du Droit Civil, les mêmes inconvénients que cet usage avait produits chez les Romains, scavoir la facilité

1. *Assises du Sénéchal de Beaucaire*. Dom Vaissette, *Histoire du Languedoc*, t. IV, preuves, p. 121.

2. Chap. III, sect. IV, *Rôle du notaire*, pages 220 et 221.

3. Guido Papa, *Decisiones Delphinales*, in fine. Mourgues, *Commentaire sur les statuts de Provence*. Merlin, *Répert.*, v^e *Donation*, sect. II, § 3.

de frauder les créanciers, au moyen de ce que les possessions demeuraient incertaines, et les donations immenses auxquelles le secret donnait lieu ayant été aperçues, nos rois ont été obligés d'y apporter les mêmes remèdes en établissant la nécessité de l'insinuation ¹. »

L'ordonnance de Villers-Cotterets, de 1539, imposa, en ces termes, l'insinuation dans son article 132 : « Nous voulons que toutes les donations qui seront ci-après par et entre nos sujets, soient insinuées et enregistrées en nos cours et juridictions ordinaires des parties et des choses données, autrement elles seront réputées nulles et ne commenceront à avoir leur effet que du jour de l'insinuation ».

A partir de cette date, les rois se plaisent à légiférer sur la matière de l'insinuation. M. Larnaude compte jusqu'à vingt ordonnances, édits ou déclarations sur ce sujet ². Nous n'entrerons pas dans le détail de tous ces textes, qui d'ailleurs ne sont pas spéciaux aux pays de Droit Écrit.

Nous signalerons toutefois la transformation fiscale que subit l'insinuation. En 1553, Henri II cherche à retirer de cette mesure de publicité un double bénéfice en imposant un droit pour l'enregistrement et en créant dans chaque bailliage un office de greffier aux insinuations. Cette réforme financière était complétée par une profonde modification de la théorie même de l'insinuation. Henri II soumettait à l'enregistrement « tous les actes qui ont pour but de faire acquérir seigneurie, propriété, droit d'hypothèque ou réalité et utiles à faire connaître pour les tiers ». L'ordonnance, malgré les avantages de cette grande publicité, ne put trouver grâce devant la résistance des parlements et demeura lettre morte.

Louis XIV mit à exécution la réforme purement fiscale d'Henri II (édit de 1703) sans chercher à faire prévaloir le but pratique de l'insinuation, la publicité des donations. C'est

1. Ricard, *Des donations*, t. I, 4^e partie, ch. iv, sect. III, n° 1083.

2. M. Larnaude, *Etude sur la publicité des donations*, pp. 123 et s. Ord. de 1539. Art. 132-133. Déclaration de 1549. Edit. de 1553. Ord. de Moulins de 1566. Déclaration de 1622. Déclaration de 1645. Déclaration de 1690. Edit. de 1703. Déclaration de 1704. Edit. de 1705. Arrêt du conseil de 1706. Déclaration de 1708. Déclaration de 1714. Arrêt du conseil de 1720. Déclaration de 1729. Déclaration de février 1731. Ordonnance sur les donations de 1731. Lettres patentes de 1766. Lettres patentes de 1769.

difficilement, et seulement en vertu d'une permission du juge que les tiers peuvent, sous l'empire de cet édit, prendre connaissance du registre des insinuations ¹.

L'ordonnance de 1734 rendit à l'insinuation son caractère véritable. Elle fit d'ailleurs cesser entre les pays de Droit Écrit et les pays coutumiers plusieurs divergences qui avaient continué de subsister, surtout dans le ressort du parlement de Toulouse, sous le couvert de la jurisprudence et malgré le texte formel de l'ordonnance de 1539. Nous essaierons, afin de reconstituer la physionomie de l'insinuation dans les pays de Droit Écrit, de grouper ces différences autour des trois points suivants :

I. — Donations sujettes à l'insinuation.

L'ordonnance de 1539 était conçue en termes généraux : « Nous voulons que toutes donations soient insinuées, » mais comme elle avait évidemment été inspirée par le Droit Écrit, beaucoup de jurisconsultes en concluaient qu'il fallait appliquer à la rigueur de ses prescriptions les atténuations apportées par le droit romain lui-même. Cette doctrine fut surtout reçue avec faveur dans les pays de Droit Écrit où les nombreux cas de dispense d'insinuation créés par Justinien étaient en vigueur comme nous l'avons vu. Pour couper court à cette interprétation de l'ordonnance, la déclaration de 1549 précisa les cas où l'insinuation serait exigible : « Sous le nom de donation seront comprises et sujettes à l'insinuation les donations faites entre vifs, combien qu'elles ne soient simples, ains rémunératoires ou autrement causées, et non les donations faites pour cause de mort, qui se peuvent révoquer par le donateur jusqu'à la mort, lesquelles ne seront sujettes à aucune insinuation, sans préjudice toutefois des procès pendans et indécis sur l'intelligence et interprétation de la dite ordonnance. » En 1566, l'ordonnance de Moulins fut encore obligée de revenir sur cette question : « et pour ôter à l'avenir toutes occasions de fraudes et de doutes, qui pourraient être mises entre nos sujets, pour l'insinuation des donations qui seront ci après faites, avons ordonné que dorénavant

1. Edit. de 1703, art. 48. Déclaration du 19 juillet 1704.

toutes donations entre vifs, mutuelles, réciproques, onéreuses, en faveur de mariage et autres, de quelque forme et qualité qu'elles soient faites entre vifs, comme dit est, seront insinuées ès greffes. »

Ces textes, si précis, ne triomphèrent pas complètement des résistances des parlements de Droit Écrit. En plein dix-septième siècle, d'Espeisses, avocat à Montpellier, énumérait encore les cas suivants de dispense d'insinuation : « 1° les donations à cause de mort ; 2° les donations entre vifs de meubles ; 3° les donations pour la rançon des prisonniers ; 4° les donations où la chose donnée parvient au donataire, non pas tant par la disposition des contractants que par la loi ou la coutume ; 5° les donations faites par les rois ou les reines ; 6° les donations des particuliers en faveur des rois ou reines ; 7° les donations faites par les capitaines à leurs soldats, soit de leur propre substance ou de la dépouille des ennemis ; 8° les donations faites pour rétablir une maison démolie ou ruinée par embrasement ou autrement ; 9° la donation faite devant le juge ; 10° la renonciation que la fille fait à la future succession de ses parents ; 11° la donation où le donataire a joui de la chose donnée l'espace de 10 ans, au vu et au su d'un chacun ¹. »

Le parlement de Toulouse avait une jurisprudence particulière sur l'insinuation des donations faites à des mineurs. Il déclarait les donations non insinuées nulles, à l'égard des créanciers, mais valables à l'égard des héritiers du donateur ².

Le parlement du Dauphiné ne soumettait pas à l'insinuation les contrats de mariage contenant donation ³.

L'ordonnance de 1731 donna sur quelques points raison à la jurisprudence des parlements de Droit Écrit. Ainsi elle admet comme valables sans insinuation : 1° les donations de choses mobilières, quand il y a tradition réelle, ou quand elles n'excèdent pas la somme de mille livres une fois payée (art. XXII) ; 2° les donations faites dans les contrats de mariage

1. D'Espeisses, t. I, *Des contrats*, part. I, tit. XIV ; *Des donations*, sect. II, pp. 414 et s.

2. Mainard, livre II, chap. LIV, de la Rocheflavin, livre 2, lettre M, tit. IX, art. 1 ; livre VI, tit. XL, art. 11 et 27 ; d'Olive, livre IV, ch. I, Ricard, 1^{re} partie, ch. IV, sect. III, Glose III, n° 1178.

3. Arrêt du 7 septembre 1657. Ricard, *loc. cit.* Glose I, n° 1123.

en ligne directe (art. XIX) ¹; 3^o les dons mobiliers, augmens, contre augmens, engagement, droit de rétention, agencement, gains de noces et de survie dans les pays où ils sont en usage (art. XXI). Cet article concernait plus spécialement les avantages en faveur du conjoint survivant en usage dans les pays de Droit Écrit. La dispense d'insinuation toutefois n'était pas complète. Les gains de survie non insinués n'étaient pas nuls, mais les parties encouraient la peine du double Droit ². Cette disposition remontait à la déclaration du 25 juin 1729.

L'ordonnance de 1731 écartait tout autre cas de dispense, « toutes les autres donations, même les donations rémunératoires ou mutuelles, quand même elles seraient entièrement égales, ou celles qui seraient faites à la charge de services et de fondations, seront insinuées suivant la disposition des ordonnances, à peine de nullité » (art. 20).

II. — Personnes qui peuvent invoquer le défaut d'insinuation.

L'insinuation romaine avait un double caractère : elle était une mesure de publicité pour les tiers et une mesure de protection pour le donateur. Aussi, toute personne, y compris le donateur, pouvait se prévaloir de la nullité pour défaut d'insinuation. En passant dans notre ancien droit, l'insinuation a perdu le second de ces caractères. L'article 58 de l'ordonnance de Moulins permet en effet aux héritiers comme aux créanciers du donateur d'invoquer la nullité de la donation non insinuée, mais exclue, par son silence même, le droit du donateur ³.

Le parlement de Toulouse avait sur ce point encore une théorie particulière. La déclaration de 1549 avait laissé au donataire un délai de quatre mois ⁴ pour faire insinuer, dé-

1. Ce cas de dispense était vivement appuyé par Ricard, qui considérait ces donations comme onéreuses à raison du devoir des parents de doter leurs enfants. Ricard, *loc. cit.*, n° 1107.

2. Déclaration du 17 février 1731, art. 6 et 7.

3. Cet article est ainsi conçu : « à faute de la dite insinuation, seront et demeureront les donations nulles et de nul effet, tant pour le regard du créancier que de l'héritier du donnant. »

4. Déclaration de 1549, art. 98. Le délai était de six mois pour ceux qui étaient hors du royaume. « Et si dans le dit temps le donnant ou le donataire décédent, pourra néanmoins l'insinuation être faite dedans ledit temps, à compter du jour du contrat comme dessus. »

lai durant lequel l'insinuation rétroagissait même à l'égard des tiers au jour de la donation, et pouvait être pratiquée malgré la mort du donateur ou du donataire. Le parlement de Toulouse, cherchant à se rapprocher le plus possible du droit romain, s'autorisa de ce texte pour conserver au donateur le droit de révoquer la donation si l'insinuation n'avait pas été pratiquée dans les quatre mois ¹.

Le même parlement ne permettait aux héritiers du donateur d'invoquer le défaut d'insinuation que si le donateur avait fait signifier la révocation de son vivant². Ricard donne comme motif de cet usage contraire au texte de l'ordonnance « que les jurisconsultes toulousains prétendent que, le donateur étant mort sans révoquer la donation, elle doit du moins recevoir son exécution en qualité de donation à cause de mort, laquelle n'est point sujette à la solennité de l'insinuation ³ ». En réalité, c'était exclure les héritiers du donateur du droit de révoquer de leur chef la donation pour non-insinuation : un acte de notoriété du parlement de Toulouse, du 15 juillet 1675, allait du reste jusque-là et constatait que l'insinuation n'était nécessaire que contre les créanciers du donateur, à l'égard « de ses héritiers ou autres personnes qui tiennent à titre lucratif du chef dudit donateur » ; l'insinuation, d'après ce document, était inutile ⁴. Le parlement de Bordeaux professait la même doctrine sur le droit des héritiers du donateur, et ne les admettait point non plus à invoquer le défaut d'insinuation ⁵.

L'ordonnance de 1731 a repoussé définitivement la jurisprudence du parlement de Toulouse en refusant formellement au donateur le droit d'opposer le défaut d'insinuation, et en confirmant au contraire le droit de ses héritiers : « Le défaut d'insinuation des donations, qui y sont sujettes à peine de nullité, pourra être opposé tant par les tiers acquéreurs et créanciers du donateur que par ses héritiers, donataires postérieurs ou légataires, et généralement [par tous ceux

1. Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} part., ch. iv, sect. iii, dist. 7, n° 1234.

2. La Rocheflavin, l. VI, tit. 40, art. 13. — Mainard, l. II, ch. 54, 57 et 60 ; l. 7, ch. 93. — De Cambolas, l. VI, ch. 3. — D'Olive, l. IV, ch. 4.

3. Ricard, *loc. cit.*, art. 1235.

4. Dans le même sens, acte de notoriété de la viguerie de Toulouse du 8 juillet 1675, consultation du 11 juillet 1675. Ricard, *loc. cit.*, 1237.

5. Décision par arbitres du 6 février 1673. Ricard, *loc. cit.*

qui y auront intérêt ¹, autres néanmoins que le donateur (art. XXVII).

III. — Juridiction où peut se faire l'insinuation.

L'ordonnance de Louis XIII du 17 décembre 1612 rapporte ainsi les principales difficultés qu'avait soulevées l'ordonnance de 1539 au sujet des attributions de compétence en matière d'insinuation : « sur les différents mûs touchant les lieux, èsquels se doivent faire les insinuations, à cause qu'en beaucoup de villes et endroits il y a deux degrés de Juridiction Royale, Bailliage et Prévôté; et sur les difficultés que l'on avait apportées touchant la qualité des personnes et des héritages et biens donnés; d'autant que les greffiers des bailliages et sénéchaussées prétendaient devoir insinuer les donations des nobles ou faites aux nobles, et celles qui contenaient des terres et choses nobles et féodales. Ce qui avait causé diversité de jugement. »

Pour l'avenir, l'ordonnance tranche ainsi les difficultés : « ès villes esquelles y aura siège de prévôt, chatelain, vicomte ou autres juridictions inférieures; et parcelllement siège de bailliage et sénéchaussée, les insinuations seront faites aux sièges desdits bailliages et sénéchaussées, et en ceux des dites prévôtés indifféremment, sans aucune distinction... Et aux villes et lieux où il n'y a que prévôté et châtellenie ou autre justice ordinaire seront les insinuations faites aux greffes d'icelles ², sans qu'elles se puissent valablement faire aux greffes des bailliages et sénéchaussées où ressortissent les appellations des dites prévôtés et chatellenies. »

Ici encore, nous trouvons le parlement de Toulouse en contradiction avec les textes. Il persiste à faire une distinction entre les nobles et les roturiers. Ainsi, d'Olive ³ rapporte un arrêt du 19 août 1624 par lequel l'insinuation d'une donation entre nobles, faite au greffe de la sénéchaussée, a été déclara-

1. Sont seulement exclus du droit d'opposer le défaut d'insinuation les personnes, mari, tuteur, curateur, administrateur, qui étaient chargées précisément de procéder à cette insinuation pour un incapable et les héritiers ou ayants cause de ces mêmes personnes. Ord. de 1731, art. 28, 29, 30, 31.

2. Il s'agit des greffes des prévôtés, la compétence étant nettement attribuée aux seuls sièges royaux par la déclaration de 1649.

3. D'Olive, l. IV, ch. 2, p. 328.

rée valable quoique les choses données fussent situées dans un endroit où il n'y avait qu'un siège de prévôté. Claude Henrys reproduit la même distinction dans le Forez. Il ajoute même que, malgré les ordonnances, des villageois, continuaient, en toute hypothèse, à faire insinuer aux greffes de bailliages « croyant que, comme le siège supérieur est plus éclatant et spécieux, l'insinuation qu'on y fait est aussi plus solennelle ¹ ».

La double compétence de la sénéchaussée et de la prévôté et les difficultés qu'elle entraînait ont disparu dans l'ordonnance de 1731. Les donations sont désormais insinuées au greffe du bailliage ou de la sénéchaussée du domicile du donateur et, en outre, si les biens ont une assiette réelle, au greffe du bailliage ou de la sénéchaussée de leur situation (ord. de 1731, art. 23).

Nous ne suivrons pas en détail l'histoire de l'insinuation au delà de l'ordonnance de 1731 ². A partir de cette époque, les pays de Droit Écrit subissent le contre-coup, en cette matière, de toutes les lois qui, pendant la période intermédiaire, réglèrent successivement la publicité des mutations de propriété. Le décret des 6-11 septembre 1790, interprété par le décret du 17 janvier 1791, désigna, comme juridiction compétente pour l'insinuation, le tribunal du district. Le Code hypothécaire du 9 messidor an III ³ qui, du reste, ne fut jamais mis à exécution, prescrivait « pour l'expropriation des biens territoriaux volontaire ou privée », par conséquent pour la donation immobilière, une déclaration préalable contenant une description détaillée de ces biens. Cette déclaration était faite au greffe de la commune et au bureau de conservation de la situation de l'immeuble. Elle était suivie de la notification du contrat et du dépôt d'une expédition au même bureau ⁴.

La loi du 11 brumaire an VII organisa la transcription des actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque,

1. Claude Henrys, *Œuvres*, t. IV, ch. vi, quest. I.

2. Voir M. Larnaude, *Etude sur la publicité des donations*, 3^e partie, pp. 139 et s.

3. Deux décrets fiscaux des 24 germinal an III et 15 thermidor an IV réglaient la situation des donataires qui n'étaient pas en règle au point de vue de l'insinuation et leur accordaient trois mois pour faire insinuer.

4. 9 messidor an III, art. 99, 105, sur les déclarations foncières.

mais laissa subsister concurremment l'insinuation des donations¹. Le Code Civil a remplacé définitivement l'insinuation par la transcription des donations qui ont pour objet des biens susceptibles d'hypothèques (art. 939), mode de publicité qui, d'après le sentiment, aujourd'hui à peu près unanime, de la jurisprudence et de la doctrine², est une formalité à part, différente de l'insinuation en usage dans l'ancien droit et indépendante de la transcription créée par la loi de brumaire an VII³. Il est donc vrai que l'insinuation n'a disparu, dans les pays de Droit Écrit, qu'avec le Code Civil, mais, depuis l'ordonnance de 1731, ces provinces avaient cessé d'avoir, au point de vue de l'insinuation, une théorie locale et une jurisprudence particulière.

SECTION VIII

Des donations qui ne sont pas soumises à des formes solennelles.

Après avoir étudié les formes des donations, il nous reste à nous demander si, dans les pays de Droit Écrit, quelques donations n'ont point échappé, à raison de leur nature même, à la nécessité de toutes ces formalités que nous avons vu peu à peu imposer aux autres donations, soit par suite des usages mêmes des pays de Droit Écrit, comme l'insinuation, soit le plus souvent par l'influence prépondérante des théories coutumières, comme toutes les formes solennelles définitivement consacrées par l'ordonnance de 1731.

Cette question peut se poser à propos de quatre espèces de libéralités :

- 1^o Les dons manuels ;
- 2^o Les renonciations en faveur d'une personne ;

1. L'art. 72 de la loi du 22 frimaire an VII constate encore l'existence de cette formalité : « La formalité de l'insinuation des donations entre vifs continuera d'être donnée dans les bureaux de recettes de l'enregistrement, dans les formes et sous les peines portées par les lois subsistantes, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné.

2. Demolombe et les sources qu'il indique. *Traité des donations et des testaments*, tome III, § 242, pp. 209 à 212.

3. La loi du 25 mars 1855 n'a point dérogé aux dispositions du Code Civil relatives à la transcription des actes portant donation (art. 41).

3° Les donations condition ou charge d'une convention faite par le donateur avec une personne autre que le donataire ;

4° Les donations accomplies ou déguisées dans un contrat onéreux.

§ I. — Dons manuels.

Ricard définit ainsi ce qu'il faut entendre par dons manuel : « il y a des biens d'une certaine qualité, à l'égard desquels la donation peut se perfectionner sans écriture même, et par la seule exécution présente, comme sont les deniers et les autres meubles, qui n'ont pas de suite, tellement qu'ils sont présumés appartenir à ceux en la possession desquels ils se trouvent; si ce n'est qu'il soit justifié que leur possession est furtive et de mauvaise foi ¹. »

Ainsi des nombreuses formes qui ont été successivement imposées à la donation, le don manuel n'a conservé que l'obligation de l'accord des parties et la nécessité de la tradition réelle.

La validité du don manuel semble avoir été admise, de tout temps, dans les pays de Droit Écrit ².

Lorsque parut l'ordonnance de 1731, on put se demander quelle allait être la situation juridique du don manuel ? L'article 1^{er} semblait en effet, à première vue, statuer pour toutes les donations : « tous actes portant donation entre vifs seront passés par devant notaires et il en restera minute à peine de nullité. » Le parlement de Bordeaux s'émut de cette décision. D'Aguesseau lui écrivit pour le rassurer : « à l'égard du don, dit-il, qui se consommerait sans acte, par la tradition réelle d'un meuble ou d'une somme modique, l'article premier de l'ordonnance ne parlant que des *actes de donation* n'a pas d'application possible à ce cas qui n'a besoin d'aucune loi ³. » Le texte des articles 15 et 22 confirmait du reste cette interprétation : « art. 15, et si elle (la donation) renferme des meubles ou effets mobiliers, *dont la donation ne contienne*

1. Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} partie, ch. iv, sect. 1, n° 890.

2. Et dans les pays coutumiers « comme le prouvent les arrêts rapportés par Charon, Ferrière, Ricard et les autres auteurs ». Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, art. 1.

3. D'Aguesseau, lettre du 25 juin 1731. *Œuvres*, tome XII, p. 310.

pas une tradition réelle, il en sera fait un état signé des parties; — art. 22, l'exception (à la nullité pour non-insinuation) portée par l'article précédent, et par la dite Déclaration aura pareillement lieu à l'égard des donations de choses mobilières *quand il y aura tradition réelle*, ou quand elles n'excéderont pas la somme de mille livres une fois payée. »

La jurisprudence des pays de Droit Écrit se fixa dans ce sens, sans même la restriction que contenait la lettre de d'Aguesseau, qui parlait du don d'un meuble ou d'une somme modique : « l'on ne doit point faire de distinction, dit Furgole, entre les choses mobilières de peu de valeur et celles qui sont précieuses, car, à quelque prix qu'elles se portent, la donation sera parfaite par la tradition sans insinuation, quand même elles excéderaient la somme de 4,000 livres¹. »

§ II. — Renonciations in favorem.

Nous entendons par là toute renonciation où le donateur se propose de gratifier une personne qu'il sait devoir être appelée à jouir à sa place du droit qu'il abdique.

Théoriquement les renonciations *in favorem* ne sont pas à proprement parler des donations, car s'il y a appauvrissement du donateur et enrichissement du donataire, ce n'est pas le donateur qui met une valeur dans le patrimoine du donataire : le donateur se retire, sa renonciation éteint son droit, mais ne transfère rien ; le donataire est enrichi en vertu d'une autre cause, de la loi par exemple, dont la présence du donateur suspendait seulement l'effet.

La question de savoir si la renonciation *in favorem* était une véritable donation avait été surtout envisagée au point de vue de l'insinuation et de la révocation. À ce double point de vue, les pays de Droit Écrit faisaient une distinction parmi les renonciations.

La renonciation à « un droit établi et certain » était regardée comme une donation². Elle était notamment révocable

1. Furgole, *Ordonnance sur les donations*. Comment. sur l'art. 22.

2. Fromental, *Décision du droit civil canonique et français*, v^o Donation, p. 207.

par la survenance d'un enfant¹, sujette au droit de retour², et soumise à l'insinuation³.

La renonciation à une simple espérance, par exemple la renonciation que la fille fait à la succession de ses parents, échappait aux formes de la donation; d'Espeisses le constate expressément pour l'insinuation, « car, dit-il, les créanciers seraient trop mal avisés, s'ils se fussent fiés à une chose incertaine⁴ ». Toutefois, même en cette hypothèse, les renonciations furent soumises à l'insinuation du jour où celle-ci devint une mesure fiscale⁵.

§ III. — Stipulations au profit d'un tiers.

Ces stipulations peuvent constituer une libéralité au profit du tiers dans une double hypothèse : 1^o dans le cas où la charge stipulée au profit du tiers est la condition d'une donation; 2^o dans le cas où elle est la condition d'un contrat onéreux.

Ces clauses n'avaient pas rencontré de difficulté jusqu'à l'ordonnance de 1731 dans les pays de Droit Écrit, où les formes solennelles des donations, notamment celles de l'acceptation, n'étaient pas, nous l'avons vu, très rigoureusement observées. Les jurisconsultes pouvaient d'ailleurs s'autoriser du Droit romain pour valider ces stipulations et donner au tiers qu'elles gratifiaient une action : *sed cum postea*, dit la loi 3. C. 8. 55, *benignâ juris interpretatione, divi principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem, competere admiserint*.

Mais après l'ordonnance de 1731 on dut se demander si les stipulations accessoires au profit d'un tiers, ayant le caractère d'une donation, ne devaient pas en conséquence être soumises à la nécessité de l'acceptation expresse par acte notarié.

1. « La renonciation à un droit établi est donc une vraie donation, je l'ai vu juger ainsi, dit de Catellan, en la grande chambre de Toulouse. » Catellan, *Arrests remarquables du parlement de Toulouse*, tome II, l. V, ch. VIII.

2. Catellan, *loc. cit.* Arrêt du 20 juin 1667.

3. D'Espeisses, tome I, part. I, tome XIV, *Des donations*, sect. II, n^o 5, *decimo*.

4. D'Espeisses, *loc. cit.*

5. De la Combe, qui annote les œuvres de d'Espeisses en 1750, c'est-à-dire postérieurement à la transformation fiscale de l'insinuation en 1703, indique ce changement. D'Espeisses, *loc. cit.*, éd. de 1750. Lyon, 3 vol. in-fol.

Furgole examine la question en commentant l'article 5 de l'ordonnance.

Dans le premier cas, c'est-à-dire si la condition stipulée est la charge d'une donation, il convient qu'une acceptation dans les formes solennelles n'est pas nécessaire. On peut donner comme motif de cette dérogation au texte de l'ordonnance ces raisons que Ricard indique à propos des substitutions. « Le fondement de cette résolution dépend de ce que, la donation étant parfaite pour ce qui concerne le premier donataire, les héritiers du donateur ne la peuvent contester, après qu'ils ont été une fois dépossédés par un titre légitime ; et le premier donataire qui aurait intérêt d'en empêcher l'effet pour se conserver incommutablement la propriété des choses données ne peut combattre son propre titre, en vertu duquel la libéralité du donateur lui appartient seulement ¹. » Du reste, l'article XI de l'ordonnance dispense expressément de l'acceptation les donations chargées de substitution.

Furgole adopte une solution opposée dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire dans le cas où la charge stipulée au profit d'un tiers est la condition d'un contrat onéreux. « Je suppose, dit-il, que Titius vend un fonds à Mœvius au prix de 1000 livres, que l'acheteur gardera en payant l'intérêt au vendeur pendant sa vie, et, après sa mort, il sera tenu de le payer à un tiers absent et non acceptant, le défaut d'acceptation devra-t-il annuler la donation ? On peut dire, pour soutenir la validité de la donation, qu'elle est une seconde condition subordonnée à la vente, laquelle étant valable par la convention faite entre le vendeur et l'acheteur doit faire valoir la donation qui en est une suite, tout de même que la substitution, où la charge de rendre est soutenue sans acceptation lorsque la première donation est revêtue des formalités nécessaires pour la faire valoir, suivant l'art. 11. — Au contraire, on peut dire que la donation est nulle : 1^o parce que

1. Ricard, 1^{re} partie, ch. iv, sect. i, n^o 870. Bien que la stipulation pour autrui soit dans ce cas dispensée de l'acceptation en forme solennelle, une acceptation quelconque reste toujours nécessaire, car le donateur stipulant pour autrui peut révoquer jusqu'à l'acceptation du tiers. Furgole l'établit dans ses *Questions remarquables sur les donations*, quest. V, n^o 32. « Toutefois, l'ordonnance de 1747, tit. I, art. 11, a décidé que les substitutions ne pourront être révoquées par aucune convention, ou disposition postérieure, même du consentement du donataire grevé. »

cet article 5 (de l'ord. de 1731) veut que toutes les donations entre vifs soient acceptées, à peine de nullité; 2° que l'art. 11 n'excepte que les secondes donations subordonnées à une première, faite dans un même acte, ou les substitutions aux biens donnés, ce qui ne peut pas convenir à une donation subordonnée à une vente, à cause de la différente nature des contrats de vente et de donation; voilà pourquoi, encore que la première donation soutienne la seconde ou la substitution aux biens donnés, on ne peut pas dire la même chose d'une donation subordonnée à une vente, parce que la donation est principale, et, par conséquent, elle doit être acceptée, afin qu'elle puisse valoir, d'autant que la donation ne doit pas dépendre de la seule volonté du donateur, comme je l'ai dit ci-dessus. Cette dernière opinion me paraît plus conforme à l'esprit de l'ordonnance et à la règle qu'elle établit pour assujettir les donations entre vifs à la nécessité de l'acceptation ¹. »

§ IV. — Donation faite dans un contrat onéreux.

La donation peut être comprise dans un contrat onéreux de deux manières : 1° elle peut être faite dans un contrat onéreux véritable : c'est par exemple un vendeur qui pour gratifier l'acheteur se contente d'un prix inférieur à la valeur de l'objet vendu; 2° elle peut être faite dans un contrat onéreux purement apparent. C'est alors véritablement une donation déguisée.

La première hypothèse n'a donné lieu à aucune difficulté. La vente a toujours été considérée comme valable. C'était déjà la solution romaine : *si quis, donationis causâ, minoris vendat, venditio valet... quoties vilioris pretio res, donationis causâ, distrahitur, dubium non est venditionem valere*. 38. D. 18. 1.

La validité de la donation dans la seconde hypothèse paraît avoir été admise dans les pays de Droit Écrit avant l'ordonnance de 1731, en supposant, bien entendu, les parties capables de donner et de recevoir. D'une part le droit romain,

¹. Furgole, *Ordonnance de Louis XV sur les donations*. Commentaire sur l'article V.

reconnaissait la validité de la donation déguisée, du moment où la simulation n'avait pas pour objet d'éluder une prohibition légale (9. C. 4. 38), *sed si donationis causâ prædii factam venditionem traditio subsequatur, actione pretii nullâ competente, perficitur donatio*. Cette théorie romaine était d'ailleurs, dans le dernier état du droit, sous Justinien, la conséquence naturelle de ce fait que la donation était un contrat purement consensuel et qu'il suffisait par conséquent que les consentements se fussent rencontrés sans qu'on eût à se préoccuper du nom donné par les parties à leur convention. D'autre part nous avons vu combien la jurisprudence et la doctrine dans les pays de Droit Écrit, inspirées précisément par le droit romain, se montraient larges au point de vue des formes de la donation sous seing privé¹. Peu importait donc comment les parties avaient qualifié le contrat. C'est du reste ce que constatait le Président Fabre : *contractus simulatus valet secundum id quod actum est, si eo modo valere possit. Quod dicimus contractum simulatum nullas omnino vires habere, quia nec contractus nomen mereatur, ita accipiendum est, ut quod simulate gestum est pro infecto habeatur, neque tamen eo minus valeat quod revera actum probatur, si quo jure valere possit*².

A partir de l'ordonnance de 1731, la validité de la donation déguisée dans un contrat onéreux devient contestable par suite de la rigueur des formes imposées. La plupart des commentateurs expriment l'avis que, l'ordonnance n'autorisant que deux manières de disposer à titre gratuit, la donation entre vifs et le testament, soumises toutes deux à des formes solennelles, la donation déguisée qui a pour résultat de rendre ces formes inutiles n'est point valable³. C'est aussi l'opinion de Pothier : « Un tel contrat, dit-il, n'est donc pas une vente, mais une donation faussement qualifiée vente, laquelle doit être sujette à toutes les formalités des donations⁴. »

1. Nous avons cité dans ce sens un acte de notoriété de Toulouse de 1675 et l'avis de d'Espeisses, tit. 1, *Des contrats*, part. 1, tit. 14, sect. II, n° 11. Fromental, v° *Donation*. Voir ce chapitre, section IV. Rôle du notaire, p. 122.

2. *Codicis Fabriani*, lib. 4, tit. 47, def. 3°.

3. Roussilhe, *la Jurisprudence des donations entre vifs*, tome III, n° 657.

4. Pothier, *Du contrat de vente*, no 1°.

On peut toutefois se demander si Furgole ne continue pas à admettre la validité de la donation déguisée dans un contrat onéreux : faisant remarquer que l'article premier de l'ordonnance ne parle que *des actes portant donation*, il en conclut par là même qu'il ne s'applique pas aux donations tacites, « il semble, dit-il, que l'intention du législateur n'a pas été de supprimer ou d'abroger les donations tacites dans le cas où elles sont présumées, non plus que les quittances ou les renonciations qui sont d'écriture privée, lorsqu'elles renferment des traités réciproques ou qu'on ne peut pas les considérer comme des donations proprement dites, mais seulement de régler la forme des donations expresses et qui sont pratiquées le plus communément; cela paraît des premières paroles de notre texte ¹ ». Or il semble qu'on peut faire rentrer la donation déguisée dans la classe des donations tacites, bien qu'à la vérité Furgole ne la cite pas parmi les exemples qu'il donne.

Ces discussions ont eu leur écho jusque dans la jurisprudence de ce siècle ². Ainsi il a été jugé qu'une donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux était valable dans l'ancien droit et cela par arrêts de l'an XI, de 1810, de 1813, de 1835 ³. Au contraire il a été décidé qu'elle était nulle par d'autres arrêts de l'an XIII et l'an X ⁴. Aujourd'hui encore, si la jurisprudence est fixée dans le sens de la validité de la donation déguisée ⁵, la doctrine reste partagée.

1. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*. Comm. sur l'art. 1, *in fine*.

2. Merlin, *Questions de droit*, v^o *Donation*, § 5.

3. Cass., 6 pluv. an XI. Req. 13 vend. an XI. Cass., 19 novembre 1810. 31 mai 1813. 2 juin 1835. D. J. G., v^o *Dispositions entre vifs*, n^o 1660.

4. Req. 8 frim. an XIII, 41 frimaire an X. 15 messidor an XIII. D. *loc. cit.*, 1662.

5. Dans le sens de la nullité : Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. III, n^o 101. Dans le sens de la validité : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VII, § 659, p. 84, note c.

CHAPITRE IV

FORMES DES DONATIONS A CAUSE DE MORT

Les formes des donations à cause de mort dans les pays de Droit Écrit étaient plus simples que celles des donations entre vifs. La plupart des formalités imposées aux donations entre vifs, par exemple la nécessité de l'acceptation expresse, sont, en effet, d'origine coutumière. Or, la matière des donations à cause de mort est restée naturellement plus soumise aux influences romaines.

Nous trouvons de bonne heure la preuve que les donations à cause de mort n'étaient pas soumises à la nécessité de l'insinuation. Un des abrégés du bréviaire d'Alaric, l'*Epitome Codicis Guelpherbytani*, constate expressément cette dispense de l'insinuation conforme d'ailleurs au droit romain : *donatio mortis causa sine gesta obtinet firmitatem* ¹. M. Larnaude fait, du reste, remarquer que, des nombreuses formules de donations à cause de mort, aucune ne fait mention de cette formalité ². Quelques formules repoussent même formellement l'emploi de l'insinuation : *presentem vero donationem nequicquam Aurialium vilitate gestis municipalibus alligari curavimus* ³...

A partir du x^e siècle, les réformes de Justinien dans la matière des donations à cause de mort pénètrent dans les pays de Droit Écrit. Nous avons établi que sous Justinien les anciennes formes de donation à cause de mort ont été conservées ⁴. C'est ainsi, par exemple, que, dans une donation à

1. *Lex Rom. Wisigoth.*, 1, lib. VIII, tit. V, de *donationibus*, e p. Guelph. éd. Hœnel, p. 157.

2. M. Larnaude, *Etude sur la publicité des Donations*, p. 99. Nous avons dit que les formules des *donationes post obitum* ne nous paraissent pas répondre exactement à la donation *mortis causa*.

3. *Recueil général des formules des Rozière*, n^o 212, 214, 215.

4. M. Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 69.

cause de mort par *datio*, on recourait encore à la tradition, dans une donation à cause de mort *obligando*, on faisait une stipulation. A ces formes, s'est surajoutée la formalité extrinsèque de la présence des cinq témoins destinée, dans la pensée de l'empereur, à tenir lieu de la publicité de l'insinuation.

Mais les jurisconsultes des pays de Droit Écrit, trompés par l'extension des formes du codicille aux donations à cause de mort et par leur rapprochement des legs, n'ont vu, dans la réforme de Justinien, que l'exigence de la présence d'un certain nombre de témoins. Le maintien des anciennes formes, tradition, stipulation, etc., leur a échappé : la donation à cause de mort est devenue ainsi, dans les pays de Droit Écrit, un contrat consensuel sans autre forme solennelle que la présence de cinq témoins.

Il est facile de prouver cette proposition. D'abord l'emploi de la stipulation n'est plus nécessaire. Durandi mentionne encore la formule d'une donation à cause de mort par stipulation : *et hæc omnia promitto tibi stipulatione solemniter attendere et observare, sub pænâ centum librarum pro me et heredes meos promissâ et a te predicto nomine stipulatâ*; mais c'est là un simple exemple, car Durandi offre lui-même au donateur la ressource d'une autre forme : *si autem velit quis in absentia codicillari vel mortis causa donare faciat epistolam per manum publicam cum subscriptione sex testium*¹.

Le caractère purement consensuel de la donation à cause de mort est encore plus clairement établi par les commentateurs de Durandi. Joannes Andræa met en effet en note, sous le passage que nous venons de rapporter : *jure veteri et donatio causa mortis requirebat stipulationem et sic necessaria erat præsentia, sed iure codicis non est necessaria : et sic per epistolam donationem et inter vivos expediri possunt* (C. de donat. si quis argentum), *et ultimæ intermedio nuncio velepisistolâ ut hic*.

La donation à cause de mort n'exige pas davantage la tradition réelle ou feinte de l'objet donné, non seulement pour l'existence du contrat, ce qui était le dernier état du droit dans les donations entre vifs, mais même dérogation plus

1. Durandi, *Speculum Juris*, lib. II, part. II, de Instrum., édit. § porro, n° 2.

grave aux principes du droit romain¹, pour le transfert de la propriété. Presque tous les anciens jurisconsultes ont en effet conclu des lois 1, § 2 et 3, au Digeste, de *Publiciana actione*, 6.2² que la seule convention de donner à cause de mort emportait translation de propriété : *non indiget talis donatio insinuatione iudicis*, dit Durandi en parlant de la donation à cause de mort, *nec traditione possessionis, nec aditione hereditatis; sed statim a morte transit dominium in donatarium. Hoc probatur in summâ Azonis in titulo de donat. causâ mortis*³.

La donation à cause de mort n'est pas soumise aux rigueurs de l'acceptation expresse. Sans doute, il faut bien que le donataire accepte puisqu'il s'agit d'un contrat, c'est même là ce qui distinguait la donation à cause de mort du codicille, acte unilatéral; mais la jurisprudence des pays de Droit Écrit n'étend pas à son acceptation les formalités prescrites par l'ordonnance et la déclaration de 1539 et 1549. Guido Papa donne pour motif de cette différence que la donation *mortis causâ* tient plus de la nature de l'acte de dernière volonté que de celle du contrat : *quia licet donatio causa mortis sapiat naturam ultimæ voluntatis plus quam sapiat naturam contractus*⁴. Ainsi, d'après d'Espeisses⁵, « la donation à cause de mort est bonne, bien qu'elle n'ait pas été acceptée par le donataire du vivant du donateur, et il suffit qu'elle ait été acceptée par le notaire, comme il a été jugé au parlement de Grenoble, le 19 août 1459 »; il ajoute même que la donation à cause mort qui n'a pas été acceptée par le notaire, si elle n'est pas

1. « Même sous Justinien la donation à cause de mort faite dans la forme déterminée par la constitution 4.. C. de *mortis causâ donationibus*. 8. 57 ne transfère pas la propriété, s'il n'intervient pas une tradition. Nous avons vu que, sous cet empereur, la simple convention de donation à cause de mort ne constitue même pas un pacte légitime et ne donne pas action au donataire : quand Justinien nous dit que la donation est devenue pacte légitime (§ 2. I. J. de *donat.* 2. 7) il entend parler seulement de la donation entre vifs. » M. Glas-son, *Etude sur les donations à cause de mort*, p. 190, n° 135.

2. L. 1. Ulp. « Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem quum satis multæ sunt juris partes quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum — L. 2. Paul. Vel mortis causâ donationes factæ, nam, amissâ possessione, competit publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

3. Durandi, *Speculum Juris*, loc. cit. Cujas. *Observat.*, lib. X, ch. xxviii. *opera*, t. III, p. 283.

4. Guido Papa, questio CCXXII, § 1.

5. D'Espeisses, *Des contrats*, part. I, tit. XIV; *des donations*, sect. II, n° 4. quinto. Bacquet, *Traité des droits de Justice*, ch. xxi, nomb. 407. Papon, *Arrêts*, l. II, tit. I, art. II.

valable comme donation à cause de mort, vaut comme legs ou fidéicommiss, suivant la jurisprudence ¹.

Enfin, nous avons déjà vu que la donation à cause de mort était, dès l'origine, dispensée de l'insinuation. Cette dispense n'a fait que se confirmer sous l'influence du droit de Justilien : *non indiget talis donatio*, affirme Durandi, *insinuatione* ². Guido Papa se pose aussi la question : *an in donatione causa mortis requiratur insinuatio?* et il la résoud de même : *credo quod non, quia licet olim donatio causa mortis, ad instar donationis inter vivos, erat generaliter insinuanda. Hodie tamen si quinque testibus extitit vallata, non requirit solemnitatem insinuationis* ³.

Il est à remarquer toutefois que, du jour où l'insinuation est devenue une institution fiscale, elle a été étendue aux donations à cause de mort. L'édit d'Henri II, de mai 1553, contenait cette extension; il ne fut pas appliqué, mais Louis XIV imposa à nouveau, et cette fois sans résistance, l'insinuation des donations à cause de mort par une déclaration de mai 1643 renouvelée par l'édit des insinuations laïques de décembre 1703 ⁴; une déclaration d'août 1707 dispensa seulement de l'insinuation les donations à cause de mort faites par les ascendants à leurs descendants ⁵.

En réalité ce qui constituait donc, dans les pays de Droit Écrit, la forme véritablement propre de la donation à cause de mort, c'était la présence de cinq témoins. Et encore le nombre des témoins pouvait être réduit à deux lorsque la donation était faite en faveur de la cause pie ou devant le juge. A Montpellier, il suffisait de trois témoins, d'après l'article 27 des statuts : *omne testamentum et omnis quælibet ultima voluntas, si fiat coram tribus testibus, valet et probabitur sufficienter per istos tres testes* ; une femme pouvait même être reçue comme témoin ⁶.

L'ordonnance de 1731 a imposé aux donations à cause de

1. Arrêt de Toulouse, 17 février 1594. Charondas, *Réponses du droit français*, liv. IX, ch. vi.

2. Durandi, *loc. cit.*, n° 3.

3. Guido Papa, quæst. 325, § 5.

4. Art. 3.

5. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v° *Insinuation*, t. IX, pp. 276-277-278.

6. D'Espeisses, *Des contrats*, part. I, tit. XIV, l. I, ch. vi, n° 8.

mort les formes des testaments ou des codicilles¹. En pratique la réforme modifiait moins les coutumes des pays de Droit Écrit qu'on n'aurait pu le croire à la première lecture du texte. Nous avons déjà établi que l'ordonnance n'entendait imposer que les formalités extérieures des testaments et des codicilles, et laissait subsister les règles concernant « la capacité du donateur et du donataire, le fond et la substance de l'acte ² ». En outre, le nombre des témoins n'était pas augmenté, puisque le donateur à cause de mort restait libre d'employer la forme des codicilles qui ne comportait que la présence de cinq témoins. Cette forme des codicilles était d'ailleurs facile, car, dit Ricard, « quoiqu'elle soit faite à l'instar de celle des testaments, on a retranché ce qui pouvait servir d'écueil à ceux qui n'avaient pas une connaissance parfaite de la Jurisprudence. De sorte qu'il suffit que tous les témoins soient présents lorsque le codicille est fait, soit qu'ils aient été appelés pour cet effet ou qu'ils s'y soient rencontrés fortuitement, aussi bien quand le codicille est rédigé par écrit, que quand il est nuncupatif, avec cette différence que, lorsqu'il est par écrit, il est nécessaire que les témoins y souscrivent ³. »

L'ordonnance de 1735 laissa subsister la forme des codicilles dont bénéficiaient les donations à cause de mort, mais elle exigea qu'ils fussent rédigés par écrit, comme toute disposition de dernière volonté et même qu'ils fussent faits, en pays de Droit Écrit, par devant notaire ⁴.

La donation à cause de mort se trouva en même temps, par le fait de l'ordonnance, bénéficiant de la forme plus simple de certains testaments. Elle fut valable dans la forme olographe, par écrit fait, daté et signé de la main du testateur, dans les quelques pays de Droit Écrit qui admettaient cette forme

1. Ord. de 1731, art. 3.

2. Sallé, *l'Esprit des ordonnances*, t. II, *ord. des donations*, art. III, p. 10.

3. Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} partie, ch. v, sect. III, n° 1413.

4. « La forme qui a eu lieu jusqu'à présent à l'égard des codicilles, dit l'art. XIV de l'ord. de 1735, continuera d'être observée et il suffira qu'ils soient faits en présence de cinq témoins y compris le notaire ou tabellion. N'entendons pareillement déroger aux statuts ou coutumes qui exigent un moindre nombre de témoins pour les codicilles. » Il paraît même, ajoute Sallé, commentant ce texte, que par les termes de l'article présent, « y compris le notaire ou tabellion », le législateur a entendu assujettir tous les codicilles en pays de Droit Écrit, à être faits par devant notaire. »

pour le testament, par exemple dans le Languedoc, le Limousin et certaines parties de l'Auvergne ¹. Elle put être faite en présence de deux notaires ou d'un notaire et deux témoins, ou même dans la forme olographe, et cela dans tous les pays de Droit Écrit, quand elle avait lieu entre ascendant et descendant ². La donation à cause de mort du soldat ³ put être faite en présence de deux notaires ou tabellions ou d'un notaire et deux témoins; en présence de deux officiers supérieurs ou d'un officier et deux témoins, en présence d'un aumônier et deux témoins. La donation à cause de mort en temps de peste fut permise devant deux notaires, deux officiers de justice royale, seigneuriale ou municipale, devant un seul de ces officiers avec deux témoins, ou bien encore par devant un curé, desservant, vicaire ou autre prêtre chargé d'administrer les sacrements aux malades, assisté de deux témoins ⁴. Dans ces deux cas privilégiés, le donateur *mortis causa* put recourir, même dans les pays de Droit Écrit, à la forme olographe ⁵. En un mot, pouvons-nous dire avec Furgole, « si l'ordonnance règle les formalités des donations à cause de mort sur celles des testaments ou des codicilles, elle fait comprendre qu'elle donne la liberté d'observer dans les donations à cause de mort celles des testaments ou celles des codicilles lorsqu'elles sont différentes, comme dans les pays de Droit Écrit ⁶ ».

1. Denisart, v° *Testament*, n° 9.

2. Ordonnance de 1735, art. 15 et 16.

3. En expédition militaire, en garnison hors du royaume, prisonnier ou dans une place assiégée du royaume, ord. de 1735, art. 30.

4. Ord. de 1735, art. 27 et s. 33 et s.

5. Le texte de l'ordonnance de 1735 porte « en quelque pays que ce soit ». art. 29 et 35. Dans ce sens Sallé, *Ord. sur les testaments*, sur l'art. 16, t. II, p. 143.

6. Furgole, *Ord. sur les donations*, observation sur l'art. 3.

CHAPITRE V

DE QUELQUES INCAPACITÉS NOUVELLES

Une étude détaillée de la capacité requise dans les donations en pays de Droit Écrit ferait double emploi, sur beaucoup de points, avec le résumé que nous avons essayé de présenter sur cette question dans le droit de Justinien ¹. C'est en effet au droit romain que l'ancien droit a emprunté presque tous les principes qui régissent la matière des incapacités. Nous ne pouvons néanmoins passer sous silence quelques incapacités nouvelles que la jurisprudence a fait sortir par une interprétation plus extensive des textes romains ou que les ordonnances ont imposées. Il est à remarquer que la tendance générale de l'ancien droit a été plutôt favorable à l'aggravation qu'à la diminution des incapacités romaines.

§ I. — Incapacité du tuteur de recevoir une donation de son pupille. Extension donnée à cette incapacité.

La tutelle romaine avait été primitivement organisée dans l'intérêt du tuteur. Aussi les lois romaines n'avaient pas songé à protéger le pupille contre les manœuvres de son tuteur dans la matière des donations. Sans doute les donations étaient impossibles au mineur pendant la durée même de la minorité, envers le tuteur comme envers toute personne, en vertu de ce principe général que le pupille ne peut ni seul ni avec autorisation faire un acte à titre gratuit tendant à diminuer son patrimoine. Mais, pendant longtemps, les donations furent possibles du jour même où la tutelle venait à cesser par la puberté du pupille, par conséquent avant la reddition du compte de tutelle. Dans le dernier état du droit romain, le

1. 1^{re} partie, *les Donations dans la législation de Justinien*, ch. II.

mineur sortant de tutelle était astreint à se faire nommer un curateur qui l'assistait pour la reddition du compte de tutelle et continuait ses fonctions jusqu'à la majorité de 25 ans. La curatelle faisait disparaître les dangers de l'influence du tuteur sortant et cette protection, jointe peut-être à un reste de l'idée première de la tutelle, nous explique pourquoi le droit romain ne connut pas, même sous Justinien, l'incapacité spéciale du tuteur.

C'est dans les pays de Droit Écrit que nous trouvons la première manifestation de cette incapacité. En 1285, Rodolphe, évêque de Laon, et Jean, comte de Forez, chargés par Philippe le Bel d'une mission dans les provinces de la langue d'Oc *pro reformatione patrie et correctione curialium*, rendirent un arrêté connu sous le nom d'*Arrestum sane* pour protéger les incapables contre les spoliations dont ils étaient victimes de la part de leurs tuteurs et de leurs curateurs. « Il est certain, lisons-nous dans cet arrêté ¹, que trop souvent des tuteurs et curateurs se font faire des cessions et des donations immodérées des biens de leurs pupilles et que même, de ces quittances ou donations suggérées et dolosives, ils exigent des actes publics, couverts par le serment et accompagnés d'autres précautions de droit.

« C'est pourquoi, voulant obvier aux fraudes de ce genre et pourvoir à la défense des mineurs, nous prohibons à l'avenir ces donations, cessions et autres choses semblables pendant l'administration des tuteurs et curateurs, ou, depuis, pendant tout le temps accordé aux mineurs pour la restitution *in integrum* ; à moins toutefois qu'elles n'aient été consenties sans fraude, sous l'autorité et l'approbation légitime du juge compétent, et en présence de quelques hommes probes, pris dans la famille ou parmi les amis, et dûment appelés, nous déclarons nulles et de nul effet toutes cessions, ou libéralités autrement consenties.

« Nous voulons, au surplus, que les tuteurs ou curateurs qui auront essayé d'en profiter soient plus étroitement contrainsts à rendre compte, et qu'ils fassent restitution entière

1. Nous empruntons la traduction de l'*arrestum sane* à Laferrière. *Histoire du droit français*, t. V, pp. 269-270-271. Le texte latin se trouve *in extenso* dans Tardif, coutume de Toulouse, pp. 83-84.

des reliquats, nonobstant toutes donations, quittances, cessions, garanties et obligations quelconques, et qu'en outre la peine du double soit exigée d'eux et appliquée aux droits du fisc.

« Faisons inhibitions et défense à tous notaires ou tabelions de recevoir et autoriser par leur assistance (*sub virtute eorum*) le serment de telles donations, quittances, cessions et autres assurances ou cautèles qu'ils verraient ou sauraient se machiner au préjudice desdits mineurs, et d'en passer actes publics, sinon en présence du juge et des autres prud'hommes dénommés ci-dessus, etc... »

L'idée de l'incapacité du tuteur fut reprise au xvi^e siècle et étendue à toute la France par l'ordonnance de 1539, que la déclaration de 1549 vint compléter et interpréter ainsi : « nous voulons et ordonnons, en interprétant le dit article, que toutes donations entre vifs et testamentaires, qui seront faites par les donateurs ou testateurs au profit de leurs tuteurs et curateurs, gardiens, baillistres et autres administrateurs, pendant leur administration soient nulles et de nul effet et valeur et telles les avons déclarées et déclarons par ces présentes, ensemble celles qui seront faites frauduleusement durant le temps de ladite administration à personne interposée venant directement ou indirectement au profit des dits tuteurs, curateurs, baillistres et administrateurs ».

La jurisprudence des parlements de Droit Écrit ¹ se montra généralement favorable à l'extension de l'ordonnance.

Le texte interdisait la donation *pendant l'administration du tuteur*. La jurisprudence prolongea l'incapacité jusqu'à la clôture du compte de tutelle et au paiement, entre les mains du pupille devenu majeur, du reliquat actif ². On admettait néanmoins la validité de la donation, si le tuteur ou le curateur était le plus proche parent du donateur ³.

Le texte parlait des *administrateurs*, mais les parlements, s'inspirant du but de l'ordonnance, comprirent sous cette

1. Comme celle des pays coutumiers. La plupart des sources que nous allons citer visent le testament, mais il n'y a pas lieu de le distinguer de la donation.

2. De Cambolas, livr. I, ch. 33; Maynard, livre II, ch. 96.

3. Henrys (supplément aux œuvres d'), tome IV, l. I, ch. vi, n° 4; de Cambolas, l. I, ch. 33. 34. Arrêts de Toulouse de 1624.

dénomination, suivant la parole de Ricard, « toutes sortes de personnes qui ont quelque empire ou autorité considérable sur la volonté et la liberté de ceux qui sont soumis à leur conduite, quoique majeurs ¹ ». C'est ainsi que, par application de l'ordonnance, on déclara incapables de recevoir une libéralité :

1° Le précepteur à l'égard de son élève ²;

2° Le maître à l'égard de l'apprenti ³. C'était notamment la jurisprudence des parlements de Toulouse et de Provence. L'incapacité protégeait le seul apprenti et non le compagnon ⁴;

3° Les médecin, chirurgien, apothicaire ou simple empirique à l'égard de leur client ⁵. Cette incapacité n'est pas absolument nouvelle. Comme nous l'avons montré, on en trouve déjà la trace dans les textes du droit romain (9. C. 10. 52; 3. D. 50. 13);

4° Les avocats, procureurs et sollicitateurs à l'égard des parties dont ils défendent la cause ⁶. Cette incapacité est spéciale à la donation et la jurisprudence des pays de Droit Écrit a fini par admettre la validité du testament fait par le client en faveur de son défenseur, même au cours du procès où il occupait pour lui ⁷. Cette distinction s'appuyait sur la théorie romaine qui, depuis que la loi *Cincia* était tombée en désuétude, frappait seulement de nullité les contrats et pactes intervenus entre l'avocat et les plaideurs au cours de l'instance (6. § 2. C. 2. 6);

5° Le confesseur à l'égard de son pénitent. Le Code Théodosien annulait déjà les libéralités faites par les femmes à leurs directeurs de conscience (20. C. Th. 16. 2). La jurisprudence a généralisé cette incapacité; elle était toutefois divisée sur la question de savoir si la libéralité faite à l'ordre

1. Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} part., ch. III, sec. 9, n° 477.

2. Henrys (*loc. cit.*), n° 4.

3. Toulouse, arr. 9 mars 1577, Maynard, liv. II, ch. 97. Aix, arr. 7 mai 1657, 16 décembre 1645. Boniface, tome II, livre I, tit. 10, p. 33.

4. Toulouse, arr. de 1628, de Cambolas, livre 5, ch. 47.

5. Henrys, *loc. cit.*, n° 4, arr. de Toulouse 21 juin 1594; de Cambolas, livre 3, ch. 3.

6. Toulouse, 23 mai 1550, de la Rocheflavin, livre 6, tit. 40, art. 17; 12 août 1560, 10 avril 1571, 18 avril 1576; Mainard, livre 3, ch. 42.

7. Arr. de Grenoble, 18 février 1620. Enquêtes par turbe dans le Grésivaudan. Ricard, 1^{re} partie, ch. III, sect. IX, n° 514, arr. d'Aix, mai 1666, Boniface, tome II, livre I, tit. XI, p. 35.

religieux auquel appartenait le confesseur était également nulle. Ainsi Henrys fait mention, dans la matière des testaments il est vrai ¹, de deux arrêts contradictoires dont l'un confirme un legs en faveur des Camaldules, l'autre annule la même libéralité en faveur des Oratoriens, quand, dans les deux cas, le confesseur du testateur était membre de l'ordre gratifié;

6° Le novice à l'égard de l'ordre dans lequel il doit entrer. Le parlement de Toulouse avait d'abord limité cette incapacité, par interprétation restrictive de l'article 28 de l'ordonnance de Blois de 1579, aux religieux qui ont fait profession avant l'âge de 16 ans ². Il revint plus tard sur cette jurisprudence et adopta l'opinion générale du royaume ³.

Les différentes incapacités qui dérivent de l'ordonnance de 1539 sont temporaires : elles ne durent qu'autant que le donateur reste soumis à l'influence du donataire : le mineur devenu majeur, dont le compte a été arrêté et qui en a touché le reliquat, l'élève qui n'est plus sous la direction du maître, le client dont le procès est terminé, etc., reprennent leur liberté et peuvent à leur gré gratifier celui qui fut leur tuteur, leur maître ou leur avocat.

§ II. — Incapacité des magistrats.

Le droit romain interdisait seulement à certains hauts fonctionnaires de prendre pour épouse une jeune fille de la province où s'exerçait leur emploi. En cas de contravention à cette défense les libéralités de la femme envers le magistrat étaient nulles (63. D. 23. 2).

En 1320 Philippe V défendit aux baillis et sénéchaux de recevoir dans leur ressort aucune donation par eux-mêmes ou par personne interposée. Ils pouvaient seulement accepter des provisions de bouche dont la valeur en une semaine ne devait pas dépasser dix sols parisis ⁴. Du jour où la

1. Mais Henrys indique bien au début de la question que la solution serait la même pour les donations. Henrys, tome II, livre 4, quest. 168. § 1. 5. 6.

2. Arrêt du 20 décembre 1626, de Cambolas, *Décisions notables de droit*, livre 5, ch. 28.

3. Arrêt du 13 février 1631 ; de Cambolas, *loc. cit.*

4. Ord. de 1320, art. 4. *Jurabunt donum seu minus aliquod a quacumque personâ per se vel alium non recipere... præter esculenta, vel poculenta quorum valor in unâ hebdomada decem solidos parisienses non excedat.*

charge de sénéchal cessa d'être une mission temporaire, la portée de l'interdiction fut restreinte et ne s'appliqua plus qu'aux choses litigieuses et aux parties en procès devant le magistrat. L'ordonnance de 1585 déclare les juges incapables de recevoir « les donations et venditions de biens, étant en querelle et procès par devant eux et en leur cour et juridiction, où ils auront quelque pouvoir, puissance et autorité par office, soit médiatement ou immédiatement, par interposition de personnes, directement ou indirectement » (art. 12).

L'ordonnance d'Orléans de 1560 interdit aux magistrats de recevoir aucune donation des parties engagées dans un procès pendant devant eux, excepté le gibier tué sur les terres de celui qui l'offrait (art. 43); elle frappa de la même incapacité les clercs des greffes, les membres du ministère public, les receveurs des tailles (art. 77. 79). L'ordonnance de Moulins de 1566 étendit cette incapacité, restreinte jusqu'alors aux juges royaux, aux membres de toutes les juridictions. L'ordonnance de Blois de 1579 punit des peines de la concussion l'acceptation de dons et présents par les fonctionnaires publics exerçant leurs fonctions à titre d'office (art. 114).

Ces dispositions des ordonnances étaient strictement appliquées par les parlements de Droit Écrit. En 1572 le parlement de Toulouse annula une donation de choses litigieuses faite à un juge ¹.

§ III. — Incapacité des personnes unies par des liens illégitimes.

Il fallait distinguer dans le droit de Justinien le simple concubinage de l'union entachée d'adultère ou d'inceste. La capacité des concubins entre eux n'était limitée que par une réserve fort étendue au profit des enfants légitimes et des père et mère du donateur. La personne coupable d'adultère ou d'inceste était absolument incapable de faire une donation soit à son complice, soit à l'enfant né de ce commerce illégitime.

L'ancien droit maintint la nullité des donations faites par des personnes convaincues d'adultère ou d'inceste. Le bénéfice de la donation était même attribué primitivement

1. Arr. du 2 juin 1572, de la Rocheflavin, l. 6, tit. 40, art. 19.

au fisc ¹. L'incapacité existait non seulement entre les complices et leurs enfants illégitimes, mais même à l'égard des fils légitimes de ces derniers par rapport à leur aïeul coupable ². La jurisprudence autorisait seulement les dons ayant un caractère alimentaire.

Le droit romain, dans son dernier état (Nov. 89. ch. 12), laissait pleine capacité aux simples concubins, l'un envers l'autre, quand le donateur n'avait pas de descendants légitimes et que son père et sa mère étaient morts. Les pays de Droit Écrit étaient favorables à l'interdiction de la donation entre concubins ³. L'art. 132 de l'ordonnance de 1629 déclara nulles toutes donations faites à des concubines. La situation, en effet, n'était plus la même qu'à Rome : désormais le concubinage était condamné par la religion et réprouvé par les mœurs ; en outre, les motifs qui faisaient annuler les donations entre époux, influence du donataire, entraînement de l'affection, se retrouvaient, à plus forte raison, dans les donations entre concubins. La tendance des pays de Droit Écrit était également contraire aux enfants naturels. Tandis que le droit de Justinien reconnaissait leur capacité pleine et entière si leur père naturel n'avait ni enfants légitimes ni père ni mère, l'ancien droit répugnait à les laisser jouir de toute la fortune de leur auteur. « La coutume de France, dit d'Olive, généralisant les usages du parlement de Toulouse, détestant non seulement les accouplements impudiques, mais réprouvant encore le concubinage, déclare toutes sortes de bâtards incapables des successions testamentaires et légitimes de leurs père et mère, sauf de pouvoir recueillir le fruit de quelque legs modéré pour le soutien de leur vie. Et c'est un droit inviolablement observé en nos jugements ⁴. » On peut en conclure que si les pays de Droit Écrit admettaient les donations particulières des parents au profit de leurs enfants na-

1. Toulouse, arr. du 26 juin 1581. La Rocheffavin, *Arrêts notables*, liv. 6, tit. 40, art. 10. Mais à l'époque de Furgole les biens étaient adjugés aux héritiers légitimes. Furgole, *Traité des Testaments*, ch. vi, section II, n° 88.

2. Toulouse, arr. du 1^{er} juin 1571, 4 février 1572, 14 avril 1620 ; de la Rocheffavin, liv. 6, tit. 40, art. 16, de Cambolas, liv. I, ch. i. Bordeaux, arr. de 1588, de 1619. Ricard 1^{re} part. ch. iii, sect. VIII, n° 423.

3. Dans ce sens, Furgole, *Traité des Testaments*, tome I, ch. vi, sect. II, n° 85 ; Henrys, livre 5, ch. 2, quest. 12. Maynard, livre 3, ch. 14 ; d'Espeisses, *loc. cit.*, n° 17 ; Ricard, 1^{re} part., ch. iii, sect. VIII, n° 409 et s. La question était discutée.

4. D'Olive (*les Œuvres de M^e Simon*), livre 5, ch. 34.

turels, ils annulaient toute donation présentant quelque analogie avec une succession et ayant un effet universel ¹.

§ IV. — Incapacité du religieux et des établissements de main-morte.

La mort civile qui frappait les religieux dans l'ancien droit entraînait naturellement de profondes restrictions dans leur capacité en matière de donation.

Cette théorie était inconnue en droit romain, mais elle devint rapidement la loi générale du royaume aussi bien dans les pays de Droit Écrit que dans les pays coutumiers. L'ordonnance de Paris de 1629 (art. 9.) déclare les religieux profès incapables de succéder à leurs parents et de recevoir aucune donation. D'Olive ajoute « que cette disposition n'est pas une introduction nouvelle, mais une simple déclaration de l'effet ordinaire qui suit la vraie profession, comme l'ombre le corps ² ».

A Rome, le patrimoine du religieux, qui n'a pas disposé de son bien avant de prononcer ses vœux, devient la propriété de l'ordre où il fait profession. Le religieux cesse d'avoir la capacité de faire une donation, puisqu'il n'est plus propriétaire, mais il conserve la capacité de recevoir et d'acquérir pour son ordre.

Dans l'ancien droit, les biens de la personne qui entre en religion, si elle n'a pas pris soin d'en disposer elle-même avant ses vœux solennels, vont à sa famille et se partagent et se distribuent comme sa succession anticipée. Le religieux perd non seulement la capacité de donner, mais en outre la capacité de recevoir. Cette incapacité persiste si le religieux quitte son ordre pour embrasser la religion réformée, s'il devient évêque, si son abbaye est sécularisée, etc.

On admet seulement qu'on peut, par donation, constituer une pension viagère à titre alimentaire à un religieux. On considère également comme valable la donation entre vifs que le religieux fait de son pécule³ ou que le religieux devenu

1. Ricard, 1^{re} partie, ch. III, sect. VIII, no 442.

2. D'Olive, l. I, ch. 4, p. 33.

3. D'Olive, l. I, ch. 4, pp. 32, 44.

4. Ricard, *Des donations*, 1^{re} partie, ch. III, sect. V, no 343.

évêque fait des biens qu'il a épargnés des revenus de ses bénéfices ¹.

La capacité des communautés religieuses et des établissements de bienfaisance a été également restreinte en matière de libéralité. Nous avons vu ² que sous Justinien ces personnes morales pouvaient librement recevoir des dons mobiliers ou immobiliers. Il ne paraît pas non plus qu'elles aient été soumises, comme les autres associations, à la nécessité de l'autorisation du pouvoir civil pour se constituer ³.

Au contraire, dans l'ancien droit, aussi bien dans les pays de Droit Écrit que dans les pays coutumiers, le pouvoir royal ou seigneurial intervint de bonne heure, surtout au point de vue fiscal, dans les donations faites aux personnes morales ⁴. Dès le ^{xiii}^e siècle, les suzerains remarquèrent qu'en laissant les corps moraux posséder des immeubles dans leur fief ils se privaient d'une source de revenu, puisque les mutations et par conséquent les droits de quint, de relief, de lods et ventes diminuaient; « on chercha donc une conciliation entre les intérêts opposés de l'Église et des seigneurs, et, dans ce but, s'introduisirent trois combinaisons diverses, » applicables aux donations comme à toute autre espèce d'acquisition. « L'une consistait à permettre provisoirement l'acquisition; mais l'église ou le couvent était forcé de se défaire de la tenure dans un délai déterminé, au profit d'une personne privée. L'Église pouvait revendre et gardait ainsi non le bien, mais sa valeur. Le second système, c'était la constitution d'un *homme vivant et mourant*. L'Église est obligée de mettre fictivement la tenure acquise par elle sur la tête d'une personne déterminée dont elle subissait par conséquent les chances de vie ou de mort. La troisième combinaison, la plus ingénieuse et celle qui devait généralement faire disparaître les deux autres, consistait à permettre et à confirmer la donation, mais en indemnisant le seigneur de qui relevait le bien: moyennant une somme une fois payée, » dite *droit d'amor-*

1. Ricard, *Des donations*, 4^e partie, ch. III, sect. V, n° 324.

2. 4^e partie, ch. II, sect. III, § IV, I.

3. M. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, tome I, pp. 150. 155.

4. Cette intervention n'est d'ailleurs pas particulière à la matière des donations, elle s'exerce à l'occasion de toute acquisition territoriale des personnes de main-morte.

tissement, celui-ci accordait à l'Église ou à la communauté le droit de posséder ¹.

A la fin du ^{xiii}^e siècle, la royauté prétendit tirer un profit général de cette théorie : le roi, invoquant sa qualité de souverain fiefieux du royaume, affirma son droit d'intervenir toutes les fois qu'un bien était amorti et de percevoir une finance à cette occasion ². A partir de l'ordonnance de 1273 et surtout de l'ordonnance de 1372, le droit d'amortissement fut donc attribué au roi ³, et étendu à toutes les acquisitions immobilières des gens de main-morte. On peut donc dire que dès cette époque les personnes morales tant civiles que religieuses étaient déjà incapables de recevoir ou, plus exactement, de retenir une donation immobilière sans autorisation du roi. Il faut toutefois constater que la nécessité de cette autorisation était bien plutôt une exigence fiscale que le résultat d'une véritable incapacité : les lettres d'amortissement étaient octroyées sans contrôle, du moment où la communauté payait le droit ⁴. Il y a plus, les communautés qui n'avaient pas amorti pouvaient en payant, tous les 30 ou 40 ans, le droit de nouveaux acquêts obtenir « la tolérance de la jouissance qu'elles avaient eue par le passé d'héritages situés en France » ⁵. Enfin, de temps à autre, intervenaient entre le trésor et le clergé des transactions, et le roi, moyennant le versement d'une somme, accordait des lettres d'amortissement général qui couvraient les irrégularités des acquisitions ⁶.

A partir du ^{xvii}^e siècle et dans les édits et déclarations de 1629, 1659, 1661, 1666 la nécessité de l'autorisation royale devient plus stricte. Les personnes morales sont obligées d'obtenir des lettres patentes, non seulement pour acquérir, mais même pour exister. En même temps, le but de l'autorisation se précise; les ordonnances invoquent comme motif

4-2. M. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, tome I, pp. 265. 266. Baquet, *Œuvres*, quatrième partie du droit d'amortissement : page 129.

3. Le seigneur avait droit à une « indemnité » ou pouvait exiger qu'on lui « baillât homme vivant, mourant et confisquant ».

4. « L'usage s'est introduit de recevoir d'eux, sans aucun examen, le droit d'amortissement. » Préambule de l'édit de 1749.

5. Baquet (*Œuvres* de Jean). Troisième partie: *Du droit de nouveaux acquêts*, ch. 38.

6. Des transactions de ce genre aboutirent à des lettres patentes d'amortissement généraux en 1470. 1522. 1551. 1646. 1705, etc. Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, v^o *Amortissement*, p. 398.

quel'État doit empêcher le développement des biens de mainmorte soustraits à la circulation. Il ne s'agit donc plus d'assurer une perception fiscale, comme dans le droit d'amortissement, mais de déterminer la capacité même des corps moraux.

L'édit de 1749, s'inspirant des mêmes idées, précisa cette capacité : d'une part il détermine les conditions d'existence des personnes morales, il ne permet l'établissement d'aucun « corps et communauté soit ecclésiastiques, séculiers ou réguliers, soit laïques » qu'en vertu d'une permission expresse du roi par lettres patentes ¹. Ces lettres ne seront accordées qu'après information auprès des évêques, juges royaux, officiers municipaux, administrateurs des hôpitaux, supérieurs des communautés déjà établies dans les lieux où l'on se proposera de fonder le nouvel établissement ². Elles devront être enregistrées au parlement dans le ressort duquel l'établissement devra être fait après une enquête « de la commodité et incommodité de cet établissement » et après communication aux personnes ci-dessus dénommées et au seigneur dont les biens relèveront ou qui aura sur eux le droit de haute justice ³. Des oppositions pourront être formées au nouvel établissement et le parlement statuera sur ces oppositions ⁴. Les établissements non autorisés dans ces formes sont considérés comme nuls et tous les actes « qui pourraient avoir été faits en leur faveur, directement ou indirectement, ou par lesquels ils auraient acquis des biens de quelque nature que ce soit, à titre gratuit et onéreux, sont nuls ⁵. Ces personnes morales non reconnues sont donc totalement incapables de recevoir une donation, même d'objets mobiliers.

D'autre part, l'édit limite la capacité d'acquérir des corps et communautés autorisés. Il distingue deux sortes de biens : 1° les fonds de terre, maisons, droits réels, rentes foncières ou non rachetables, rentes constituées sur des particuliers ; les gens de mainmorte ne peuvent les acquérir par acte à titre onéreux ou par donation entre vifs, sans lettres patentes. »

1. Edit. de 1749, art. 1.

2. *id.* art. 5.

3. *id.* art. 7.

4. *id.* art. 8.

5. *id.* art. 9.

Ils ne peuvent, en aucun cas, les acquérir par disposition de dernière volonté, par conséquent par donation à cause de mort¹.

2^o Les rentes constituées sur l'état, le clergé, les diocèses, les pays d'État, les villes et communautés. Les gens de mainmorte restent libres de les acquérir, notamment par donation entre vifs ou à cause de mort, sans avoir besoin de lettres-patentes². L'édit ne parle pas des meubles pour lesquels les établissements de mainmorte gardent par suite pleine capacité d'acquérir.

On peut considérer l'édit de 1749 comme ayant achevé de régler, dans l'ancien droit, la capacité des établissements de mainmorte en ce qui touche leur faculté d'acquérir à titre gratuit. Nous n'insisterons pas sur les déclarations qui l'ont suivi en 1762, 1774 : elles n'ont fait qu'interpréter les dispositions de l'édit.

1. Edit. de 1749, art. 14. 17.

2. *id.* art. 18.

CHAPITRE VI

LA LÉGITIME DANS LES DONATIONS DES PAYS DE DROIT ÉCRIT

Nous avons signalé dans notre étude sur le droit de Justilien l'extension de la légitime aux libéralités entre vifs ¹. Cette restriction de la capacité a passé dans les pays de Droit Écrit. Toutefois le Parlement de Toulouse ne soumettait pas à la réduction pour légitime la dot constituée par le père à sa fille ². De Cambolas donne comme raison de cette jurisprudence « que la dot doit être considérée comme un titre onéreux à l'égard du mari et que, la légitime ne se déduisant pas des ventes que le père a faites de son bien, on ne peut pas davantage inquiéter ses gendres pour les dots qu'ils ont reçues de lui ». Plus tard, le même parlement se décida à assujettir la dot au retranchement de la légitime, mais en obligeant à reporter l'effet de ce retranchement à la mort du mari ³. L'ordonnance de 1731 a fait cesser l'usage du parlement de Toulouse en soumettant, en toute hypothèse, la dot au retranchement de la légitime (art. 35).

La réduction des donations entre vifs n'était du reste que subsidiaire. Le légitaire ne peut les attaquer que si les libéralités testamentaires et à cause de mort sont insuffisantes pour le remplir de la part qui lui est réservée par la loi. La réduction des donations se fait alors dans l'ordre inverse des dates, c'est-à-dire que la dernière donation est d'abord attaquée, puis l'avant-dernière, et ainsi de suite jusqu'à ce que la légitime soit complétée ⁴.

Les règles qui régissaient la légitime dans les pays de

1. 1^{re} partie, ch. III, page 72.

2. Toulouse, arr. de septembre 1604; de Cambolas, liv. 3, ch. 44.

3. D'Olive, liv. 3, ch. 24.

4. Arr. de Toulouse, janvier 1603, de Cambolas, liv. 3, ch. 30. Bordeaux, 1^{er} juillet, 1656, 23 mars 1661. La Peyrère, lettre I, n° 15.

Droit Écrit étaient en général celles du droit de Justinien. Ainsi avaient droit à une légitime : les descendants, leur légitime était du $\frac{1}{3}$ des biens héréditaires s'ils étaient quatre ou moins de quatre, de $\frac{1}{2}$ s'ils étaient plus de quatre ; les ascendants ; les frères et sœurs germains et consanguins, si la libéralité était faite à une *persona turpis* ; on admettait généralement, dans les pays de Droit Écrit, qu'ils bénéficiaient de l'augmentation de la légitime édictée par Justinien, leur légitime était donc, suivant leur nombre, du $\frac{1}{3}$ ou de $\frac{1}{2}$ de leur portion *ab intestat*. La question était controversée dans la doctrine, mais la jurisprudence était fixée dans ce sens ¹.

Dans un grand nombre de statuts du midi ², la fille dotée et mariée était exclue de la succession et par conséquent de la légitime. Le père, une fois la dot fournie, avait donc toute liberté pour les donations.

Quelques coutumes des pays de Droit Écrit avaient admis une liberté de disposer à titre gratuit beaucoup plus large que celle que nous trouvons dans le droit de Justinien et même dans le droit romain antérieur. A Toulouse, le père, en laissant à ses enfants, par acte de dernière volonté, la somme dérisoire de cinq sous, prévenait tout recours de leur part contre ses libéralités testamentaires ³ et, à plus forte raison, contre ses libéralités entre vifs. A Montpellier, à Carcassonne, à Alais, il suffisait que les parents laissassent quelque chose à leurs enfants ⁴. D'autres coutumes restreignaient au contraire la quotité disponible. A Bordeaux, la mère ne pouvait rien donner à un étranger au préjudice des enfants : « et la mère pourra avantager du tiers de ses biens un ou plusieurs de ses enfants, mais ne pourra laisser le dit tiers à un étranger, quand aura enfants ⁵. » Toutefois ces usages di-

1. Ricard, tome I, 3^e partie, ch. 8, sect. 6, n^o 1039.

2. M. Gide cite dans ce sens les statuts d'Arles, Montpellier, Narbonne, Marseille, Salon, Bergerac, de Provence. Paul Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, éd. 1867, p. 441.

3. Coutume de Toulouse, art. 123 C. La mère même n'était pas tenue à cette réserve fictive vis-à-vis de ses enfants, art. 123. Enfin la légitime n'existait pas en faveur des ascendants ou des frères et sœurs, art. 123 B. Coutume de Toulouse, éd. Tardif, pp. 57-58.

4. Coutume de Montpellier, *Thalamus parvus*, art. 55. — Coutume de Carcassonne. — 2^e Coutume d'Alais accordée vers 1222 par Bernard d'Anduze, art. 11. Charles Girard, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge*, tome I, p. 161.

5. Nouvelle coutume de Bordeaux, art. 77. Coutumier général de Richebourg, tome IV, p. 897.

vers étaient considérés comme exceptionnels et d'une façon générale on peut dire que les pays de Droit Écrit, dans leur ensemble, suivaient les principes de la légitime romaine. Dès 1285, le roi avait refusé d'approuver les articles qui consacraient, dans la coutume de Toulouse, cette liberté presque complète. L'ordonnance de 1735 ramena ces coutumes divergentes à la pratique de la légitime romaine : « ceux à qui il aura été laissé moins que leur légitime, à titre d'institution, pourront former leur demande en supplément de légitime ; ce qui aura lieu à l'avenir dans les pays même dans lesquels ladite demande n'a pas été admise jusqu'à présent, ou a été prohibée dans certains cas (art. 52).

On sait que les pays coutumiers connaissaient deux sortes de restrictions à la liberté de disposer à titre gratuit : la légitime de droit et la réserve.

La légitime *de droit*, inspirée par le droit romain et pratiquée depuis le xvi^e siècle, s'appliquait aux donations entre vifs comme aux libéralités testamentaires. La légitime coutumière n'était pourtant pas identique à la légitime romaine : elle protégeait seulement les descendants¹ ; sa quotité invariable était fixée, en général, à la moitié de la part successorale de l'héritier².

La réserve, à la différence de la légitime, restreignait la liberté des testaments, elle protégeait les descendants et les collatéraux, mais ne portait que sur les propres. La quotité était, en général, des quatre quintes.

Ces divergences entre les pays de Droit Écrit et les pays

1. « Les ascendants n'y étaient admis qu'à titre exceptionnel par la jurisprudence seule, en Vermandois, en Bourgogne, en Bourbonnais et en Auvergne. Quant aux collatéraux, les coutumes de Bourgogne et d'Orléans leur en accordaient une... Mais, dans aucun cas, une donation entre vifs même universelle ne pouvait être critiquée pour la légitime des ascendants ou des frères et sœurs. » Beaune, *Droit coutumier français. Des biens*, p. 586.

2. Certaines coutumes ne réglaient pas la quotité de la légitime de droit ; d'autres se référaient au droit romain ; d'autres fixaient une quotité précise, à Paris, de $\frac{1}{2}$ de la part que chaque enfant aurait eue dans la succession de ses père et mère (Coutume Réformée, art. 298) ; on appliquait généralement la disposition de Paris à toutes les coutumes muettes. Duverdy, *Recherches historiques sur la quotité disponible. Revue historique*, 1856, p. 37.

On discutait si la légitime de droit était *pars bonorum* comme la légitime romaine ou *pars hereditatis* comme la réserve. « Fameuses questions, disait Lebrun (*Des successions*, liv. III, ch. III, sect. I, no 9), sur laquelle on dispute tant au Palais », mais que nous n'aborderons naturellement pas, car elle appartient à une histoire de la légitime, non à une étude sur les donations.

coutumiers ont subsisté jusqu'au droit intermédiaire (décrets des 7-11 mars 1793, 5 brumaire, 17 nivôse an II). L'ordonnance de 1731 et même l'ordonnance de 1735 n'ont pas essayé de faire, sur ce point, une fusion jugée, sans doute, trop difficile : « n'entendons comprendre dans la présente ordonnance, dit notamment l'article 79 de l'ordonnance de 1735, ce qui concerne la qualité ou la quotité des biens dont le testateur peut disposer. »

CHAPITRE VII

INFLUENCE DU MARIAGE SUR LES DONATIONS

D'une façon générale, on peut résumer l'influence du mariage sur les donations en disant que les donations faites dans le contrat de mariage sont facilitées, que les donations faites pendant le mariage sont rendues plus difficiles, que les donations faites à l'occasion de secondes noces sont restreintes autant que possible.

SECTION PREMIÈRE

Donations faites dans le contrat de Mariage,

§ I. — Donations faites en contrat de mariage en faveur des futurs conjoints et de leurs descendants par d'autres personnes que les conjoints eux-mêmes.

Ces donations jouissent d'une double faveur dans l'ancien droit : leurs formes sont singulièrement simplifiées, elles échappent aux rigueurs de la règle *donner et retenir ne vaut*. Cette faveur a surtout de l'importance dans les pays de Droit Écrit depuis l'ordonnance de 1731, puisque jusque-là les donations ordinaires n'étaient pas astreintes, dans ces pays, à la plupart des formes solennelles que nous avons étudiées, et que les applications de la règle *donner et retenir ne vaut* n'y étaient pas en usage.

Art. I. — Formes simplifiées des donations par contrat de mariage.

Cette simplification se fait sentir à un triple point de vue :

1^o *A l'égard de l'état du mobilier.* — Cette formalité, d'origine coutumière, avait pour but de garantir l'observation de

la maxime *donner et retenir ne vaut*, en assurant l'irrévocabilité de la donation. « Or, fait remarquer Furgole, il importe peu que le donateur puisse ou ne puisse pas donner atteinte à la donation en faveur du mariage et, par conséquent, l'état des meubles n'étant requis que pour empêcher le donateur de donner atteinte à la donation et pour en assurer l'irrévocabilité, dès que ces donations sont dispensées de cette règle, elles sont également dispensées de la précaution à laquelle cette même règle a donné lieu ¹. Aussi l'ordonnance de 1731, en généralisant la formalité de l'état du mobilier, fit-elle exception à ses prescriptions pour les donations faites en contrat de mariage : « voulons néanmoins que les donations faites par contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendants, même par des collatéraux ou par des étrangers, soient exceptées de la disposition de l'art. XV ². »

2° *A l'égard de l'acceptation expresse*. Les donations faites dans le contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs enfants à naître ont été exemptées des rigueurs de l'acceptation expresse avant comme après l'ordonnance de 1731 ³.

Roussilhe donne deux motifs de cette dispense : la faveur accordée aux contrats de mariage « qui sont les actes les plus favorables de la société. Il ne serait pas juste que, sur le défaut d'acceptation, on privât les mariés de l'avantage qu'il donne souventes fois lieu au mariage ». De plus, en accomplissant le mariage, les conjoints « acceptent suffisamment les clauses du contrat tant pour eux que pour les enfants qui en sont procréés ⁴ ».

On peut ajouter qu'au fond la nécessité de l'acceptation expresse n'est qu'une des nombreuses conséquences de l'irrévocabilité des donations. Nous avons déjà cité cette explication de Ricard : « en considérant cette question dans son principe, la raison pour laquelle l'acceptation est si essentiellement requise est, sans doute, parce qu'il est de la nature des donations entre vifs qu'elles soient fixes, permanentes et irrévocables, tant de la part du donataire que

1. Furgole, sur l'art. 17 de l'ord. sur les donations.

2. Ord. de 1731, art. 17.

3. Ord. de 1731, art. 10. Dans le même sens, Code Civil, art. 1087.

4. Roussilhe, *Jurisprudence des donations*, tome II, ch. vii, sect. II, n° 291-292.

du donateur ¹. » Or, les donations en faveur du mariage sont bien moins que les autres soumises aux rigueurs de l'irrévocabilité.

3° *À l'égard de l'insinuation.*—L'ordonnance de 1566 imposait spécialement pour les donations en faveur du mariage la formalité de l'insinuation : « et pour ôter à l'avenir toute occasion de fraude et de doute...avons ordonné que dorénavant toutes donations entre vifs... en faveur du mariage et autres seront insinuées ès greffes ². »

Néanmoins, dans les pays de Droit Écrit, le parlement de Toulouse considérait comme dispensée de l'insinuation la donation faite pour constitution de dot ³. Le parlement du Dauphiné étendait cette dispense à toutes les donations faites en contrat de mariage, l'ordonnance de Moulins n'ayant pas été publiée dans son ressort ⁴.

L'édit de 1703 et la déclaration de 1708 exceptèrent absolument de la formalité de l'insinuation les donations faites par les père et mère, aïeul ou aïeule, en contrat de mariage en faveur de leurs descendants.

La déclaration du 25 juin 1729 rapporta la peine de nullité portée contre les donations non insinuées à « l'égard des dons mobiles, augments, contre-augments, engagements, droit de retention, agencements, gains de noces et de survie dans les pays où ils étaient en usage », c'est-à-dire précisément dans les pays de Droit Écrit. Les motifs invoqués par le roi précisent bien le caractère presque onéreux qu'on attribuait à ces avantages entre époux : « il serait trop rigoureux d'étendre la même peine à des dispositions qui, sans avoir le caractère d'une véritable donation, ne sont que de simples conventions matrimoniales stipulées entre les parties contractantes, soit pour aider le mari à soutenir les charges du mariage, soit pour balancer les avantages qu'il fait réciproquement à sa femme, et pour établir par là une espèce de compensation aussi juste que favorable. » La déclaration dispensait du reste seulement la donation non insinuée de la nullité ; ceux

1. Ricard, *Des donations*, 1^{re} partie, ch. iv, sect. I, § 846.

2. Ord. de 1566, art. 58.

3. Arrêt du 5 sept. 1672, de Catellan, livre V, ch. 9.

4. Arrêt du 7 sept. 1657, Roussilhe, *loc. cit.*, tome II, ch. 9, sec. I, n° 422.

qui négligeaient cette formalité restaient sujets aux peines fiscales prononcées par les édits et déclarations¹.

Art. II. — Dispense en faveur des donations par contrat de mariage, des conséquences de la Règle, donner et retenir ne vaut.

La règle « donner et retenir ne vaut » et les nombreuses conséquences qu'on en faisait découler pour restreindre les donations restèrent inconnues dans les pays de Droit Écrit jusqu'à l'ordonnance de 1731.

Les donations de biens à venir, notamment, ne rencontraient pas de difficultés, l'irrévocabilité n'étant point devenue, dans les pays de Droit Écrit, une clause essentielle à la donation. Les privilèges dont jouissaient, dans les pays coutumiers, les donations par contrat de mariage n'étaient donc, en somme, dans les pays de Droit Écrit, que l'application du droit commun.

Sur un point cependant les donations par contrat de mariage étaient plus favorisées que les autres. Les donations ordinaires de tous les biens présents et futurs, sans exception ni réserve par le donateur, étaient nulles dans les pays de Droit Écrit². Cette nullité reposait sur un double motif : « Telles donations, dit d'Espeisses, sont nulles, tant parce qu'elles ôtent au donateur la faculté de tester qui doit être libre à chacun, sans qu'on y puisse renoncer, que parce qu'elles sont contre les bonnes mœurs, induisant le donataire à désirer la mort du donateur, d'autant qu'elles contiennent, en effet, une institution d'héritier qui ne peut pas être faite par contrat, car la loi ayant, par une faveur particulière, permis aux hommes de tester et disposer de leurs biens en temps auquel les biens ne seront plus à eux, a voulu que cela fût par la voie d'un testament solennel, et non par contrat³. » Mais précisément l'institution contractuelle avait fini par

1. Déclarations du 25 juin 1729, du 17 février 1731, art. 6. L'ordonnance de 1731 reproduisit, dans les mêmes limites, ces deux cas de dispense de l'insinuation (art. 19.21). Le Code Civil ne mentionne, expressément, en faveur des donations par contrat de mariage, que la dispense de la formalité de l'acceptation expresse, art. 1087 C.C.

2. D'Espeisses, *Des contrats*, art. I, tit. 14 ; *Des donations*, sect. IV, n° 7. Toulouse, arrêt du 13 déc. 1585. La Rocheflaudin. *Arrêts*, liv. 6, v° *Donations*, tit. 40, arr. 23.

3. D'Espeisses, *loc. cit.*

être reçue dans les pays de Droit Écrit par contrat de mariage au profit des futurs époux et de leurs enfants à naître¹. Ainsi, avant l'ordonnance de 1731, la jurisprudence admettait sans variations que les donations de tous les biens présents et à venir étaient valables en contrat de mariage. Il y a plus, bien que l'institution contractuelle théoriquement ne fût pas assimilable à une véritable donation entre vifs, le Parlement de Toulouse, sans doute pour ne pas paraître autoriser le pacte sur succession future, affectait d'accentuer ce caractère de donation entre vifs et considérait l'institution contractuelle comme emportant un effet irrévocable et dessaisissant le donateur du pouvoir même d'aliéner à titre onéreux².

Mais à partir de 1731 l'ordonnance imposant aux pays de Droit Écrit les rigueurs de la théorie coutumière sur l'irrévocabilité, il devient intéressant de noter les exceptions qu'elle apporte, elle-même, à cette théorie, en faveur des donations par contrat de mariage aux futurs époux et aux enfants à naître.

1° L'ordonnance permet dans le contrat de mariage les donations de biens à venir³. Trois conditions étaient nécessaires : la donation devait être faite par contrat de mariage, au profit des conjoints ou de leurs descendants, elle devait être suivie de l'accomplissement du mariage. Furgole pensait qu'il ne fallait pas entendre « les termes *par contrat de mariage*, si fort à la lettre que les donations faites hors du contrat de mariage, et qui néanmoins y avaient un rapport nécessaire comme faites en contemplation du mariage, fussent nulles⁴ ». Bien que l'ordonnance ne parlât pas des donations de biens à venir, que l'un des conjoints pouvait faire à l'autre par contrat de mariage, on jugeait qu'il fallait étendre à cette hypothèse l'exception de l'article 17, conformément à la ju-

1. Furgole, *Ord. sur les donations*, art. XIII. Maynard, l. V, ch. 90. VII, ch. 400. Mornac, *Obs. in quatuor priores libros codicis*, tome I, l. II, tit. III, loi XV.

2. Voir ce que nous avons dit sur l'Institution contractuelle, ch. II, section I, § V. Roussilhe, *Jurisprudence des donations*, t. II, § 374.

3. Ord. de 1731, art. 17 C.C. art. 1082.

4. Furgole, *Ord. sur les donations*, art. 17. En sens contraire : Roussilhe, *Jurisprudence des donations*, tome II, sur l'art. 17, § 374.

risprudence déjà en vigueur avant 1731 ¹. Les dispositions étaient toujours présumées faites en faveur des futurs époux et de leurs descendants, et en cas de décès des futurs époux, leurs enfants bénéficiaient de la donation ².

La donation de biens à venir restait incertaine et imparfaite jusqu'à la mort du donateur, ce dernier pouvait en effet aliéner à titre onéreux les biens donnés ³. En outre, le donataire était obligé de supporter les dettes et charges de la succession pour la totalité ou du moins proportionnellement à la quotité de biens qui lui était donnée. On admettait enfin que la donation de biens à venir était caduque, lorsque le donataire décédait avant le donateur sans enfants ⁴.

2° L'ordonnance autorisa dans le contrat de mariage les donations de biens présents et à venir ⁵. De grandes différences séparaient les pays de Droit Écrit des pays coutumiers sur la nature même de ces donations.

Les jurisconsultes de Droit Écrit voyaient dans la donation de biens présents et à venir deux donations, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir, ayant chacune leurs règles propres. « Du reste, il est important de remarquer, disait Furgole, que la donation de tous les biens présents et à venir est parfaite à l'égard des biens présents, du moment qu'elle est faite, et elle doit être exécutée d'abord, s'il n'y a quelque clause qui en suspende l'effet, comme la réserve d'usufruit, mais, pour les biens à venir, elle n'est parfaite que par la mort du donateur; et jusqu'à ce temps-là, son exécution est suspendue. Voilà pourquoi le donateur a le droit de jouir pendant sa vie des biens qu'il acquiert ou qui lui adviennent depuis la donation, parce qu'il y a une réserve tacite d'usufruit ⁶. »

1. Roussilhe, *loc. cit.*, § 374, p. 138, de Cambolas, livre 5, ch. 35.

2. Roussilhe, *loc. cit.*, § 382, C.C., art. 1082.

3. Furgole, *loc. cit.*, sur l'art. 17 et 13, Code Civil, art. 1083. Nous avons fait remarquer que, suivant une doctrine exceptionnelle professée par les jurisconsultes du parlement de Toulouse, celui qui faisait une *institution contractuelle* perdait le droit d'aliéner ses biens même à titre onéreux, mais, outre que cette doctrine était discutée, Furgole ne semble pas la considérer comme ayant été admise pour les *simples donations de biens à venir*. Furgole, sur l'art. 13. Notes de la 2^e édition.

4. Roussilhe, *loc. cit.*, arrêt du 18 juin 1731, t. II, p. 141, § 380, C.C. 1089.

5. Ord. de 1731, art. 17. C.C. 1084.

6. Furgole, *Ord. sur les donations*, art. 17. — Henrys, tome II, livre 4, quest. 83. n° 3.

Les représentants des principes coutumiers répliquaient que si la donation cumulative comprend, en même temps, les biens présents et les biens à venir, elle n'en forme pas moins, dans ces conditions d'existence substantielles et primordiales, une seule donation faite cumulativement des uns et des autres ; que c'est la dénaturer complètement que de la couper en deux. Ils concluaient que la faculté d'option ne pouvant être exercée, relativement aux biens à venir, qu'après le décès du donateur, l'effet tout entier de la donation se trouvait nécessairement ajourné jusqu'à l'époque de ce décès ¹.

Il est difficile de savoir exactement quelle théorie l'article 17 de l'ordonnance de 1734 a définitivement adoptée. Demolombe est d'avis qu'il a consacré la théorie coutumière. Troplong pense qu'il s'est abstenu de se prononcer pour l'une plutôt que pour l'autre ². Il nous semble bien toutefois que Furgole, dans son commentaire, que nous citons tout à l'heure, considère encore les deux parties de la donation de biens présents et à venir comme indépendantes : « La donation de tous les biens présents et à venir est parfaite à l'égard des biens présents au moment qu'elle est faite et elle doit être exécutée d'abord... Mais pour les biens à venir elle n'est parfaite que par la mort du donateur ³. » Roussilhe dit expressément : « on a regardé cela comme des donations différentes ⁴. »

Quelle que soit d'ailleurs la théorie suivie par les rédacteurs de l'ordonnance, ils ont reconnu au profit du donataire de biens présents et à venir le droit de diviser la donation au décès du donateur : de s'en tenir aux biens existant lors du contrat de mariage en payant les dettes et charges existant à la même époque et de renoncer aux biens à venir pour se dispenser de payer les dettes postérieures.

1. Pothier, Introduction au titre XV de la cout. d'Orléans, n° 26, éd. Bugnet, tome I, p. 357.

2. Demolombe, *Traité des donations*, tome VI, liv. III, tit. II, ch. viii, § 342. Troplong, *Donations entre vifs*, tome IV, n° 2390.

3. Furgole, *loc. cit.*

4. Roussilhe, *loc. cit.*, § 386.

5. Ord. de 1734, art. 17.

Le Code Civil a admis le même droit d'option en exigeant, en outre, qu'il soit annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur au jour de la donation. C.C. 1084. 1085.

Cette faculté d'option, discutée dans les pays coutumiers¹, était déjà reconnue dans le pays de Droit Écrit par la jurisprudence du parlement de Toulouse².

Si le donataire n'use point de ce droit d'option et prend la donation du jour de la mort du donateur, il profite, à la vérité, des biens à venir, mais est tenu personnellement de payer toutes les dettes, même celles contractées depuis la donation. On admettait toutefois que cette obligation ne pouvait s'exercer contre lui qu'*intra vires donationis*, quand même il n'y avait pas eu d'inventaire, la donation universelle continuant au fond d'être considérée comme un titre d'acquisition particulier³.

Malgré leur analogie habituelle, il y avait lieu de distinguer, sur ce point, dans les pays de Droit Écrit, la donation de biens présents et à venir et l'Institution contractuelle. L'Institution étant un titre universel qui transfère l'hérédité, elle fait de véritables héritiers, qui sont tenus *ultra vires hereditatis*, quand ils ont omis de faire inventaire⁴. Ajoutons que le droit de diviser l'institution contractuelle, pour s'en tenir aux seuls biens existants lors de sa constitution, restait fort discutable après l'ordonnance de 1731, qui permettait bien la division de la donation, mais ne parlait pas de la division de l'Institution contractuelle. Furgole, après s'être prononcé, dans sa première édition, en faveur de l'extension à l'institution de la faculté d'option consacrée par l'article 17 de l'ordonnance, revenait sur son opinion dans sa deuxième édition à la suite d'un arrêt du parlement de Toulouse du 20 juin 1749, qui refusait précisément le droit de diviser une promesse d'institution⁵.

3° L'ordonnance de 1731 laissa la faculté d'imposer dans les donations en contrat de mariage toutes espèces de con-

1. Ricard, *Des donations*, tome I, part. 3, n° 1534. Lebrun, *Des successions*, livre 4, ch. 2, sect. 2, n°s 38 et s.

2. Furgole, *Ord. sur les donations*, sur l'art. 43. Henrys, tome II, liv. 4, quest. 59. Catellan, livre 5, ch. 23.

3. Furgole, sur l'art. 17; Ranchin sur la quest. 105 de Guido Papa; de Catellan, l. 5, ch. 24.

4. Furgole, *loc. cit.*, sur l'art. 43. Roussilhe, tome II, § 325.

5. Furgole, *Ord. sur les donations*, 2^e édition. Toulouse, 1761, 1 vol. in-4, sur l'art. 43.

ditions et des charges quand même ces conditions dépendraient de la volonté du donateur ¹.

En même temps et par compensation, l'ordonnance reconnaissait expressément au donataire le droit de se soustraire aux charges qu'il avait acceptées en renonçant au bénéfice de la donation ².

L'existence de ce droit de renonciation était d'ailleurs discutée d'une façon générale pour toutes espèces de donations. On pouvait dire, en effet, que la donation avec charge est moins une donation qu'un contrat dont la nature est d'obliger réciproquement les parties, sans que, d'aucun côté, on puisse opposer d'autre lésion que celle établie par la loi ³. En faveur du droit de répudiation on répondait que la nature de la donation est de gratifier le donataire et de lui procurer des avantages ; que ce serait la dénaturer et changer son principal objet que d'exposer le donataire à souffrir des pertes, ce qui arriverait si on lui ôtait la faculté de répudier les biens donnés ; que si l'acceptation était capable de le lier, elle ne le soumettrait qu'à une action personnelle *in rem scripta*, dont il pouvait toujours se décharger en abandonnant les biens qui en étaient la cause, de même que celui qui prend un fief peut se dégager de la rente en déguerpissant ⁴. La difficulté avait disparu dans le ressort du parlement de Toulouse avant l'ordonnance de 1731 ; la jurisprudence tenait pour principe certain qu'une donation étant regardée comme un bienfait elle ne peut jamais être onéreuse au donataire ⁵.

L'ordonnance de 1731 ne donnait pas, il est vrai, une solution aussi étendue et ne parlait de la faculté de renonciation à la donation que pour les libéralités en contrat de mariage. Mais Furgole pensait qu'il y avait lieu d'appliquer sa décision aux autres donations ⁶.

4° L'ordonnance permet également d'obliger le donataire

1. Ord. de 1731, art. 18. Le texte ne parle que des donations de biens présents, mais il faut l'étendre par *a fortiori* aux donations de biens présents et à venir. Furgole, sur cet article, Code Civil, art. 1086.

2. Ord. de 1731, art. 18.

3. De Catellan, livre 5, ch. 24.

4. Roussilhe, tome II, p. 153, § 393.

5. Arrêt de Toulouse du 10 septembre 1722, 22 mars 1730. Roussilhe, *loc. cit.* Furgole, *Questions remarquables sur la matière des donations*, quest. VIII.

6. Furgole, *Ord. sur les donations*, sur l'art. 18.

par contrat de mariage au paiement des légitimes indéfiniment (art. 18).

On peut résumer ainsi ses dispositions sur ce point. Si la donation, dans un contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendants est faite seulement des biens présents, le donateur *peut* être chargé de payer toutes les légitimes (art. 18). Si la donation est de la totalité des biens présents et à venir, le donataire *est tenu de droit* au paiement des légitimes, quoiqu'il n'en ait pas été chargé expressément (art. 36). Si la donation est d'une quote-part des biens présents et à venir, le donataire n'est astreint directement au paiement des légitimes qu'autant qu'il y a été assujetti par clause expresse (art. 36) ; dans ce cas, il supporte ces légitimes, soit pour la portion mise à sa charge, soit, si cette portion n'a pas été déterminée, proportionnellement à la quote-part des biens donnés. Cet article était conforme à la jurisprudence du parlement de Toulouse ¹. On se demandait seulement, quand le donataire avait été chargé de payer sa portion des dettes et charges, si ce mot *charges* devait comprendre les légitimes ? Cette question était diversement résolue par les parlements. A Toulouse, on jugeait que le mot charge comprenait les légitimes ². Le parlement de Grenoble donnait la même décision ³. La jurisprudence du parlement de Bordeaux n'était pas constante, on y jugeait tantôt que le mot charges comprenait les légitimes, tantôt qu'il ne les comprenait pas ⁴. Le texte de l'ordonnance fit cesser ce conflit en exigeant que le donataire fût chargé « nommément et expressément » ⁵ de contribuer aux légitimes.

Le donataire ainsi obligé au paiement des légitimes conservait naturellement, comme dans toute donation en contrat de mariage avec charge, le droit de se libérer, qu'il s'agit d'une donation de biens présents, ou d'une donation de biens présents et à venir, en renonçant aux biens donnés ⁶. Et même, si ce donataire de biens présents et à venir usait de

1. De Cambolas, livre 2, ch. 9.

2. Maynard, livre 10, ch. 11, 2.

3. Furgole, *Ord. sur les donations*, art. 36.

4. La Peyrère, Lettre d. n° 102.

5. Furgole, *loc. cit.*

6. Ord. de 1731, art. 18, art. 36, *in fine*.

la faculté qui lui était laissée de conserver les biens existants lors de la donation en abandonnant les biens à venir, les légitimes devaient se prendre sur leurs biens acquis postérieurement à la donation; en cas d'insuffisance, si la donation portait sur la totalité du patrimoine du donateur, sur l'ensemble de ce patrimoine, et, si la donation n'était que d'une quote-part des biens, sur la dernière donation, par ordre de date, conformément à la règle ordinaire¹. Ainsi, dans ce cas d'option par le donataire pour les seuls biens présents, on ne se préoccupait pas de savoir si les légitimes avaient été expressément mises à sa charge, « parce que, dit Furgole, cette charge n'est censée avoir été imposée qu'en considération des biens à venir² ».

5° Enfin, dans le cas où le donateur par contrat de mariage s'est réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de biens présents ou d'une somme fixe à prendre sur ces biens, s'il meurt sans en avoir disposé, l'ordonnance considère l'effet ou la somme réservée comme appartenant au donataire ou à ses héritiers³, au lieu de l'attribuer, ainsi qu'elle le faisait dans les donations ordinaires, aux héritiers du donateur. Cette décision était conforme à la jurisprudence du parlement de Toulouse⁴.

La chose, dont la faculté de disposer est ainsi simplement réservée par le donateur, fait partie, dans l'ancien droit, des biens donnés et le donataire a, sur elle, dès le jour de la donation, un droit affecté seulement d'une condition résolutoire. Il en résulte que le prédécès du donataire ne rend pas la donation caduque et qu'il transmet son droit à ses héritiers, quels qu'ils soient. Aussi, le texte de l'ordonnance porte-t-il expressément que l'effet et la somme réservés « appartiennent au donataire ou à ses héritiers⁵ ».

1. Ord. de 1731, art. 37.

2. Furgole, sur l'art. 37, *in fine*.

3. Ord. de 1731, art. 18. Code Civil, art. 1086.

4. La Rocheflavin, liv. 2, v° *Dot*, art. 11, Furgole, sur l'art. 18, de l'ordonnance.

5. Furgole, *loc. cit.*, on admet que, dans ce cas, le Code Civil prononce la caducité de la donation, s'il y a prédécès du donataire et de ses descendants, par application de l'art. 1089. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, tome VI, § 385.

§ II. -- Donations diverses entre futurs époux usitées dans les contrats de mariage des pays de Droit Écrit.

Les donations entre futurs époux par contrat de mariage bénéficiaient naturellement des avantages, formessimplifiées, dispense de la règle *donner et retenir ne vaut* que nous venons d'énumérer à propos des donations émanant de la générosité de tierces personnes. Comme le fait très bien remarquer Roussilhe, à propos des donations de biens présents et à venir, si les futurs conjoints peuvent recevoir des autres¹, *a fortiori* peuvent-ils se donner entre eux. Ils se trouvent encore en effet dans un état d'indépendance qui ne donne lieu à aucun des inconvénients qui ont fait prohiber les donations entre époux pendant le mariage et leurs libéralités réciproques peuvent être considérées, encore plus que les donations des tiers, comme un des motifs déterminants de leur union.

On peut donc dire que les futurs époux jouissent, en pays de Droit Écrit, de la plus entière liberté dans leurs conventions matrimoniales et peuvent se faire telle donation qu'ils jugent convenable. « Le contrat de mariage, dit Furgole, est si favorable, comme étant le plus solennel et le plus utile de ceux qui sont pratiqués dans la société civile, qu'il est susceptible de toutes sortes de clauses et de conventions, lesquelles valent irrévocablement pourvu qu'elles ne soient pas contre l'honnêteté publique et les dispositions du droit ou des coutumes². »

Il est par suite impossible de donner un résumé complet des différentes donations qui étaient usitées entre futurs époux dans les contrats de mariage des pays de Droit Écrit. Ces donations pouvaient varier à l'infini suivant les désirs des époux et les nécessités de leur situation. Mais, en fait, ces libéralités se rattachaient, plus ou moins, à un certain nombre de types que l'usage avait consacrés et dont la pratique, toujours routinière, s'éloignait le moins possible. Ce sont ces types généraux des donations entre futurs époux dont

1. Roussilhe, *la Jurisprudence des donations entre vifs*, tome II, § 374.

2. Furgole, *Questions remarquables sur la matière des Donations*, quest. 49, § 2.

nous voudrions essayer de donner un rapide aperçu¹ : ils portaient plus spécialement, dans les pays de Droit Écrit, le nom de *gains nuptiaux et de survie*².

Art. I. — Augment de dot.

On définit l'augment de dot « un gain nuptial et de survie que la femme survivante prend en récompense et à proportion de sa dot sur les biens de son mari prédécédé. Ce gain de survie est établi tant en faveur des enfants que de la femme, car ordinairement la femme n'en a que l'usufruit et les enfants en ont la propriété; seulement si la femme survivante et ayant enfant reste en viduité jusqu'à son décès, elle gagne en propriété une portion de l'augment qu'on appelle virile et qui est égale à une part d'enfant³ ».

On voit que l'augment se rapproche de la donation *propter nuptias* romaine, puisqu'il est accordé à la femme, en récompense de sa dot. Il en diffère cependant à plusieurs points de vue :

La donation *propter nuptias* dans le dernier état du droit romain pouvait être faite ou augmentée pendant le mariage; au contraire, dans les pays de Droit Écrit, l'augment de dot ne pouvait plus être constitué ni augmenté par aucune convention postérieure au mariage.

La donation *propter nuptias* devait être égale à la dot. L'augment au contraire était ordinairement moindre que la dot et pouvait être supérieur.

La donation *propter nuptias* n'était due que lorsque la dot avait été payée; l'augment était dû à la femme quoique la dot n'eût pas été payée. La donation *propter nuptias* ne se payait que proportionnellement à ce qui avait été payé de la dot. L'augment était toujours dû en entier, quand même il n'y avait rien eu de payé sur la dot.

Aussi les auteurs de Droit Écrit donnaient-ils plutôt com-

1. Nous renvoyons, pour plus de détails, au *traité des Gains nuptiaux et de survie qui sont en usage dans les pays de Droit Écrit*, par Boucher d'Argis, Lyon 1738, 1 vol. in-4°; à l'*Histoire des droits de l'époux survivant*, par M. Boissonnade, Paris, 1874, 1 vol. in-8°. Les gains nuptiaux et de survie n'appartiennent pas à notre étude dans beaucoup de cas où ce sont des avantages légaux et non conventionnels.

2. Boucher d'Argis, *loc. cit.*, ch. 1, p. 2.

3. Boucher d'Argis, *loc. cit.*, ch. II, § 4, p. 14.

me origine à l'augment de dot une libéralité en usage chez les Grecs sous le nom d'*hypobolon*¹. C'était un gain de survie que la femme ne gagnait que par le prédécès du mari, il dépendait de la convention des parties et, néanmoins, lorsqu'il n'était point réglé par le contrat de mariage, il avait lieu en vertu d'une convention présumée, de plein droit, et était fixé, dans ce cas, à la moitié, puis au tiers de la dot. Ce gain de survie aurait pénétré dans les pays de Droit Écrit soit par suite de l'influence romaine, puisqu'il était déjà en pratique à Rome dans le droit du Bas-Empire, soit par suite des rapports des Croisés avec les Grecs².

L'augment de dot était surtout en usage dans le ressort des parlements de Toulouse, de Bordeaux, de Pau, de Grenoble, dans les provinces du Lyonnais, du Forez, du Beaujolais, du Bugey, de Gex et du Valromey, dans les Dombes, et dans quelques endroits de l'Auvergne³.

Mais dans beaucoup de ces contrées, l'augment était dû en vertu de la coutume et sans stipulation. Il en était ainsi notamment dans le ressort du parlement de Bordeaux⁴, dans la coutume de la ville de Toulouse⁵, le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais, le Bugey, le pays de Gex.

La quotité de l'augment était des plus variables; elle dépendait, tantôt de la nature et de la quotité de la dot, tantôt de la qualité des conjoints. Ainsi dans les coutumes de la ville de Toulouse, l'augment était de la moitié de la valeur de la dot; dans la coutume de Bordeaux, l'augment était du double de la dot pour la fille qui se mariait, du tiers seulement pour la veuve qui se remariait; dans les provinces du Bugey, de Gex, l'augment était de la moitié de la dot, si la valeur de celle-ci était certaine, s'il s'agissait de deniers, du tiers ou du quart si la valeur était incertaine, par exemple si la dot consistait en héritages, meubles, denrées. Dans les provinces du Lyonnais, du Forez, du Beaujolais, des Dombes, l'augment était de la moitié de la dot, quand elle consistait en argent, du tiers également, bien que cela fût discuté, quand elle était en meubles ou en créances⁶.

1-2. Boucher d'Argis, *loc. cit.*, pp. 19 et s.

3. Id., p. 26.

4. Bretonnier, *Questions alphabétiques*, v° *Augment*.

5. D'Olive, livre III, ch. III.

6. Boucher d'Argis, *loc. cit.*, pp. 30 et s.

Nous citons ces chiffres à titre d'indication seulement pour donner une idée de la valeur de l'augment conventionnel dans les pays de Droit Écrit, la libre convention des parties tendant toujours à se rapprocher de ce qui est la coutume de l'endroit. En lui-même, l'augment de dot quand il est *légal* et qu'il a lieu de plein droit, sans stipulation, n'appartient point à notre étude. C'est un droit pour la femme, bien qu'on y puisse déroger par convention, par conséquent ce n'est pas une donation du mari.

L'augment de dot *conventionnel* ou *préfix* est celui qui est stipulé par les parties et dont la quotité est réglée par le contrat de mariage. C'est donc bien une véritable libéralité.

Cet augment était en usage dans le ressort du parlement de Toulouse, à l'exception de la ville même de Toulouse, dans les parlements de Grenoble et de Pau, et dans quelques parties de l'Auvergne ¹. Dans ces pays, la femme ne pouvait prétendre pour augment qu'à la quotité qui était fixée par le contrat de mariage.

L'augment conventionnel était fort usité même dans les pays où l'augment avait lieu de plein droit, les parties évitant ainsi les difficultés qui se rencontraient presque toujours dans l'augment coutumier lorsqu'il s'agissait de liquider la valeur de la dot et de régler l'augment en proportion.

On discutait la question de savoir si la quotité de l'augment, une fois fixée par le contrat de mariage, pouvait être augmentée.

D'Espeisses assimilait l'augment de dot des pays de Droit Écrit à la donation *propter nuptias*, qui, dans son dernier état, pouvait être augmentée et même constituée pendant le mariage ². Guido Papa donnait la même solution dans deux cas exceptionnels, si l'un des conjoints était beaucoup plus jeune que l'autre ou que l'un fût noble et l'autre roturier ³.

Boucher d'Argis considérait au contraire l'augment conventionnel comme absolument invariable. Il repoussait, d'accord en cela, disait-il, avec tous les auteurs modernes, l'analogie qu'on voulait établir entre l'augment de dot et la

1. Boucher d'Argis, p. 37.

2. D'Espeisses, t. I, part. 1, tit. XIII, sect. v, n° 6.

3. Guido Papa, *Decisiones senatus Delphini*, quest. 363.

donation *propter nuptias* que séparaient au contraire des différences essentielles. Il faisait remarquer que les motifs d'exception invoqués par Guy Pape n'avaient pas de valeur, « car si la prohibition de s'avantager entre conjoints est fondée sur la crainte que l'un des conjoints n'engage l'autre par caresses ou par menaces à lui faire quelque avantage, il y a encore plus lieu de craindre ces sortes de suggestions et d'artifices entre personnes d'un âge ou d'une condition inégale ¹. » Le mari pouvait seulement promettre, lorsque la femme s'était constitué en dot tous ses biens présents et à venir, qu'il lui donnerait un augment proportionnel à ce qu'elle apporterait ainsi pendant le mariage. Mais en réalité dans ce cas l'augment promis pour les biens dotaux à venir n'était pas une donation faite depuis le mariage, il puisait toute sa valeur dans le contrat de mariage et les événements postérieurs ne faisaient que réaliser la condition qui le tenait en suspens.

Art. II. — Contre-Augment ou droit de rétention.

C'est un gain nuptial que le mari survivant retient sur la dot de sa femme prédécédée, comme l'augment de dot accordé à la femme survivante se prend sur les biens du mari.

Le contre-augment porte, tantôt sur la dot entière, tantôt sur une partie seulement; à Toulouse, par exemple, il est de la totalité de la dot ², à Montpellier des biens immeubles de la dot³. En général le mari, s'il y a des enfants, a l'usufruit, sa vie durant, des biens qui composent ce gain nuptial, la propriété en appartenant aux enfants, soit qu'ils se portent héritiers de leur père, soit qu'ils renoncent à la succession. Toutefois, si le mari ne contracte pas de secondes noces, il bénéficie, en outre de son usufruit, d'une portion de contre-augment égale à une part d'enfant. S'il n'y a pas d'enfant, le contre-augment appartient en entier et dans toute hypothèse au mari en pleine propriété.

En réalité, le contre-augment avait son origine dans l'ancien droit romain, où le mari dans beaucoup de cas gardait

1. Boucher d'Argis, p. 43.

2. *Cout. de Toulouse*, part. III, de *dotibus*, art. 2.

3. *Statuts de Montpellier*, art. 18, Boucher d'Argis, p. 54.

la dot entière de la femme prédécédée. Il est vrai que dans le droit de Justinien, sauf en cas d'adultère ou d'autres crimes de la femme, la dot ne restait jamais au mari, mais dans les pays de Droit Écrit on conserva l'usage de stipuler quelque avantage en faveur du mari survivant.

Le contre-augment était un gain légal dans la ville et la viguerie de Toulouse, dans la ville de Bordeaux et la sénéchaussée de Guyenne, dans les villes de Montpellier, Montauban, Cahors, etc. Mais dans les autres provinces de Droit Écrit, le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais, dans les parlements de Grenoble, de Pau, dans les Dombes, le contre-augment était une véritable libéralité en faveur du mari. Il va de soi qu'il pouvait être plus étendu que le contre-augment légal : les conjoints pouvaient, notamment dans le ressort des parlements de Droit Écrit, stipuler que le mari survivant aurait la propriété, et non plus seulement l'usufruit du contre-augment entier, même au cas où il y aurait des enfants survivants. Cette clause était seulement interdite dans les pays de Droit Écrit du ressort du parlement de Paris, où l'on prétendait que l'augment, et par analogie le contre-augment, ne pouvait être stipulé sans droit de retour au profit des enfants ¹.

Art. III. — Les bagues et bijoux.

On appelle ainsi un don de survie que le mari fait dans le contrat de mariage à la femme proportionnellement à la dot. Les bagues et bijoux ressemblent à l'augment, mais ils sont de bien moindre valeur.

Le don de bagues et bijoux est un gain légal dans certaines provinces de Droit Écrit, le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais, les Dombes. Dans beaucoup d'autres, dans les ressorts des parlements de Toulouse, de Bordeaux, de Grenoble, les bagues et bijoux ne sont dus que lorsqu'ils sont expressément stipulés par le contrat de mariage. Dans ce cas, la convention des parties en règle la quotité et les conditions.

En général, les bagues et bijoux sont reversibles aux enfants après la mort de la femme, à l'exception d'une virile

1. Boucher d'Argis, p. 62.

dont elle a la propriété et dont elle peut disposer à son gré, si elle ne se remarie pas.

On peut se rendre compte, approximativement, de la valeur ordinaire du don de bagues et bijoux conventionnel par la quotité du don légal ; cette quotité varie avec la condition sociale des conjoints. Ainsi dans le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais, lorsque le mari est noble, les bagues et bijoux sont du dixième de la dot ; s'il est d'une condition obscure, ils ne sont plus que du vingtième. Dans les Dombes, les veuves de personnes illustres ont droit à des bagues et bijoux s'élevant au cinquième de leur dot ; pour les veuves des simples gentilshommes, les bagues et bijoux sont de la dixième partie de la dot ; pour les veuves des bourgeois, marchands et artisans, ils sont réduits à la vingtième partie.

Art. IV. — Donation de survie.

Dans quelques provinces régies par le Droit Écrit, la Provence, la Bresse, le Mâconnais, l'augment, le contre-augment et le don de bagues et bijoux n'étaient point en usage. Au lieu de ces libéralités, les conjoints se faisaient généralement, par contrat de mariage, une donation réciproque appelée *donation de survie*¹.

La donation de survie différait à plusieurs points de vue de l'augment et du contre-augment :

Elle n'était jamais due sans une convention expresse dans le contrat de mariage, qui en fixait la quotité, tandis que l'augment et le contre-augment avaient lieu de plein droit dans certaines provinces.

Elle était ordinairement réciproque entre le mari et la femme, le mari donnait à la femme le double de ce qu'elle lui promettait en cas de survie. L'augment et le contre-augment étaient, au contraire, deux libéralités indépendantes, l'une au profit de la femme, l'autre au profit du mari.

Les biens compris dans la donation de survie appartenaient en pleine propriété au survivant des époux. Le mari ou la femme, dans le contre-augment et l'augment, excepté pour

1. Boucher d'Argis, ch. vi, p. 73.

une part appelée virile, n'avaient généralement que l'usufruit des biens donnés.

La donation de survie avait toutefois cela de commun avec l'augment et le contre-augment que, s'il y avait des enfants du mariage, le survivant qui se remariait perdait, à moins de convention contraire, la pleine propriété de ce que lui attribuait la libéralité et n'en gardait plus que l'usufruit.

Art. V. — Don de sponsalici ou screix.

Le don de *sponsalici* ou *screix*¹ était une libéralité analogue à la donation de survie, mais usitée dans le Roussillon seulement. C'était un gain purement conventionnel et les parties avaient pleine liberté pour le régler. Généralement il était réciproque et supposait la survie du donataire. Il n'était pas d'usage d'en stipuler un en faveur des veuves qui se remariaient.

Le plus souvent, cette sorte de donation était proportionnelle à la dot; elle était ordinairement du dixième, quelquefois du sixième, rarement elle était plus considérable.

Si le bénéficiaire des *sponsalici* ne se remariait pas, il pouvait disposer, comme bon lui semblait, de ce qui lui avait été donné; s'il contractait des secondes noces, il était réduit au simple usufruit, la propriété demeurant réservée aux enfants.

Art. VI. — Donation d'une pension viagère.

Cet avantage dépendait absolument de la convention des parties². Mais en pratique on ne le trouvait guère stipulé qu'en faveur de la femme, pour le cas où elle survivrait à son mari, dans les provinces où elle n'avait point d'augment. Ainsi, dans la Provence et la Bresse, outre la donation de survie habituellement réciproque, on stipulait aussi, ordinairement, pour la femme une pension viagère.

Art. VII. — Droit d'habitation.

C'est le droit, pour le conjoint survivant, de continuer à résider dans une maison de l'époux prédécédé ou de toucher,

1. Boucher d'Argis, ch. x, pp. 98-99.

2. Boucher d'Argis, *loc. cit.*, ch. viii, p. 84.

au décès, une certaine somme représentant ses frais d'habitation ¹.

Ce gain de survie, d'un usage fréquent dans les pays de Droit Écrit, surtout dans le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais, n'était jamais dû qu'en vertu d'une stipulation expresse du contrat de mariage. Presque toujours ce droit est une libéralité du mari en faveur de la femme; quelquefois seulement il est stipulé réciproquement en faveur du survivant des conjoints.

La femme survivante perdait son droit d'habitation lorsqu'elle se remariait, « parce que, fait remarquer Boucher d'Argis, elle est censée ne pouvoir plus demeurer dans la maison de son premier mari, étant obligée d'aller demeurer avec le second ² ». Elle conservait toutefois, même dans ce cas, la somme qui lui avait été attribuée pour remplacer le droit d'habitation en nature.

Art. VIII. — Donation des coffres, hardes, trousseaux, de la bague nuptiale, des équipages, de la chambre tapissée.

On rangeait sous ce nom ³ plusieurs libéralités qui avaient pour but de laisser au survivant certains objets mobiliers qu'on supposait devoir lui être plus chers à cause de l'emploi personnel qu'il en avait fait, des souvenirs d'affection qui pouvaient s'y attacher, ou des habitudes de luxe contractées dans sa situation.

Dans le Roussillon on convenait souvent que la femme garderait tous ses bijoux, notamment sa bague nuptiale, son linge et ses hardes.

En Provence, après avoir estimé dans la dot, par contrat de mariage, les coffres, hardes, bagues et joyaux que la femme apportait, on stipulait que ces objets en nature et leur prix d'estimation appartiendraient au survivant des époux. Si la femme survivait, elle reprenait donc sa dot, y compris le prix d'estimation des objets apportés, plus ces objets en nature; si le mari survivait, au contraire, il ren-

1. Boucher d'Argis, ch. v, p. 69.

2. Boucher d'Argis, p. 72.

3. Boucher d'Argis, ch. vii, pp. 82-83.

daient la dot sous déduction du prix d'estimation et conservaient les coffres, hardes et bijoux.

Dans le Dauphiné, la Bresse, la Provence, on stipulait quelquefois au profit du survivant des *équipages* ou au profit de la femme un ameublement, suivant sa condition, ce qu'on appelait sa *chambre garnie ou tapissée*.

Ces divers dons de survie, usités dans les contrats de mariage des pays de Droit Écrit, se complétaient, en outre, par toute une série d'avantages légaux, avantages dont l'étude n'appartient point à notre sujet, mais dont il faut généralement tenir compte pour apprécier le régime des libéralités entre époux dans les pays de Droit Écrit ¹.

SECTION II

Donations faites pendant le mariage par les époux.

Pour apprécier, en pays de Droit Écrit, l'influence du mariage sur la capacité des époux, il convient de distinguer si la donation qu'ils font est au profit d'un étranger ou en faveur de l'autre époux.

§ I. — Donation des époux en faveur d'un étranger.

Le mariage, dans les pays coutumiers, avait une grande influence sur la capacité d'un des conjoints, sur la capacité de la femme qui devenait incapable de recevoir et de donner sans l'autorisation de son mari.

Au contraire, on peut dire que, par lui-même, le mariage ne diminuait point la capacité de la femme dans les pays de Droit Écrit, celle-ci ne tombant pas sous la puissance du mari ². Les obstacles qui entravaient les libéralités de la femme mariée résultaient donc, non du fait du mariage, mais du régime matrimonial, des droits du mari sur la dot et de l'inaliénabilité du fonds dotal. Aussi « dans les provin-

1. Citons notamment l'année ou droit de viduité, le deuil, le droit de tenue en Roussillon, la quarte du conjoint pauvre. Nous avons vu également que l'augment, le contre-augment, les bagues et joyaux, dans beaucoup de pays de Droit Écrit, étaient attribués à l'époux ou l'épouse survivant, même sans stipulation dans le contrat de mariage.

2. Furgole, *Ordonnance sur les donations*, sur l'art. 9.

ces de Droit Écrit qui n'étaient point du ressort du parlement de Paris, les femmes mariées avaient pleine liberté de disposer à leur gré de leurs *biens paraphernaux* ¹, tant en usufruit qu'en propriété; de même elles pouvaient accepter, sans l'autorisation de leur mari, les libéralités qui leur étaient faites pendant leur mariage pour leur tenir lieu de bien paraphernal ² ».

Dans les provinces de Droit Écrit du ressort du parlement de Paris, le pouvoir des femmes sur leurs biens paraphernaux était beaucoup plus limité ; il ne s'étendait qu'à l'usufruit et les femmes mariées ne pouvaient contracter sans l'autorisation de leur mari. Leur pouvoir sur ces paraphernaux était donc à peu près le même que celui des femmes non communes ou séparées en pays coutumier pour la gestion de leurs biens. Or, dit encore Sallé, « comme les femmes non communes ou séparées, en pays coutumier, ne peuvent accepter, sans l'autorité de leur mari, les donations à elles faites, quoiqu'elles en aient incontestablement l'usufruit libre, il s'en suit de même que les femmes, dans les pays de Droit Écrit du ressort du parlement de Paris, ne peuvent non plus accepter, sans l'autorisation de leur mari, les donations à elles faites pour leur tenir lieu de biens paraphernaux, puisqu'elles n'en ont de libre que l'usufruit et non la propriété ³ ». A plus forte raison, dans ces mêmes provinces, les femmes mariées ne peuvent-elles faire une donation, même sur leurs biens paraphernaux, sans l'autorisation de leur mari.

L'ordonnance de 1731, en confirmant la nécessité de l'autorisation maritale pour l'acceptation des donations faites à la femme, laissa subsister la pleine capacité à l'égard des biens paraphernaux dans les pays de Droit Écrit. L'article 9 maintient spécialement les usages de ces provinces : « n'entendons néanmoins rien innover sur ce point, à l'égard des donations qui seraient faites à la femme pour lui tenir lieu de

1. Sauf, par exception, dans la coutume de Bordeaux, où le mari administre les paraphernaux. M. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, droit privé, p. 682, note 1.

2. Sallé, *l'Esprit des ordonnances de Louis XV*, sur l'art. 9. Maynard, l. VIII, ch. LX, de Cambolas, livre I, ch. xxvii.

3. Sallé, *loc. cit.*, sur l'art. 9.

bien paraphernal, dans les pays où les femmes mariées peuvent avoir des biens de cette qualité. ».

Si le mariage n'avait pas, en général, pour conséquence directe, dans les pays de Droit Écrit, de diminuer la capacité de la femme, les donations que les époux voulaient faire, même à un étranger, se heurtaient à un obstacle, qui découlait du régime matrimonial habituellement stipulé dans le midi : l'inaliénabilité de la dot.

Il convient toutefois de remarquer que pendant longtemps cet obstacle n'était pas absolument insurmontable. La théorie reçue dans les pays de Droit Écrit, pendant tout le moyen âge, sur l'inaliénabilité dotale, était en effet celle de la loi *Julia* et non la doctrine absolue de Justinien. Le mari pouvait aliéner les biens dotaux avec le consentement de la femme. Le concours des deux époux validait par conséquent la donation même faite des immeubles dotaux : quelquefois, cependant, il fallait y ajouter l'avis des proches parents de la femme. On retrouve, très explicitement, la théorie de la loi *Julia* affirmée, sinon à propos des donations, au moins à l'égard des aliénations en général, dans les statuts des villes du midi, dont la rédaction remonte au ^{xiii} siècle.

Ainsi les statuts municipaux de la ville de Salon, rédigés, en 1293, valident l'aliénation du fonds dotal faite par les deux époux d'un commun consentement et confirmée par le serment de la femme ¹. La coutume de Montpellier, rédigée en 1205, exige pour l'aliénation l'avis des parents de la femme ². La coutume de Toulouse se contente du simple concours des époux ³.

Néanmoins, la diffusion du droit de Justinien propagea l'inaliénabilité absolue qui ne cessa de gagner du terrain ⁴. Au moment de la rédaction de l'ordonnance de 1731, la donation du fonds dotal était en général impossible dans les pays de Droit Écrit. Seul le parlement de Provence conti-

1. « Si vir et uxor, communi consensu vendiderint... sive alio quolibet modo alienaverint res dotales et uxor sponte non coacta venditionem... seu aliam quancumque alienationem rerum dotalitium corporaliter juraverit, statuimus quod tales alienationes ratæ sint et firmæ in perpetuum. » Charles Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, tome II, p. 254.

2. Charles Giraud, *loc. cit.*, t. I, p. 79.

3. *Cout. de Toulouse. Secunda pars.*, tit. 6, art. 103, édition Tardif, p. 46.

4. M. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*. Le régime dotal, p. 683.

nuait d'autoriser la donation des biens dotaux faite par la femme, du consentement de son mari, en faveur d'un étranger, dans le contrat de mariage de ce dernier. Boniface cite notamment, dans ce sens, trois arrêts des 4 juin 1667, 31 janvier 1668, 23 juin 1687 ¹. Cette jurisprudence était fondée sur la faveur due au contrat de mariage et sur le motif que l'aliénation du fonds dotal n'ayant été défendue 'que dans l'intérêt du mari, son consentement faisait, cesser cet obstacle et rendait la donation valable.

Le Parlement de Toulouse avait, pendant longtemps, reconnu comme valable la donation de la dot que la femme faisait à ses enfants. Il considérait alors, nous dit Furgole, « que la libéralité n'est pas proprement une donation, mais une anticipation de la succession, une fixation du domaine que les lois feignent que les enfants ont sur les biens de leurs pères et mères, une continuation de propriété en la personne des enfants ² ». On distinguait deux hypothèses : si le mari avait consenti à la libéralité en autorisant sa femme, la donation emportait transport aux enfants de la pleine propriété ; si le mari n'avait pas autorisé la donation, celle-ci ne transférait que la nue-propriété ³. Il paraît néanmoins que la jurisprudence plus récente se montrait parfois défavorable à l'aliénation de la dot même en cette hypothèse et refusait de valider la donation faite par la femme même avec le consentement du mari ⁴.

Enfin, dans les quatre provinces du Lyonnais, du Mâconnaï, du Beaujolais et du Forez, pays du ressort du parlement de Paris, la femme continuait à pouvoir aliéner sa dot avec le consentement du mari et, par conséquent, restait capable, avec son consentement, de faire une donation sur les biens dotaux ⁵.

1. Boniface, *Arrêts Notables de la Cour du Parlement de Provence*. Lyon, 1708, 2 vol. in-fol., tome I, l. VII, tit. 4, ch. VII et VIII.

2. Furgole, *Questions remarquables sur la matière des donations*, quest. 24, § 26. Dans ce sens : arrêts de Toulouse de 1708 et de 1722. Roussilhe, *la Jurisprudence des donations*, tome I, § 67.

3. Roussilhe, *loc. cit.*, § 68.

4. Arrêt d'août 1719. Furgole, quest. 24, § 32.

5. D'Espeisses, *Des contrats*, part. 1, tit. 15 ; *De la dot*, sect. III, n° 29, éd. de 1778, p. 508.

§ II. — Donation entre époux.

Nous avons vu qu'en droit romain l'histoire de la donation entre époux avait eu trois phases successives : elle avait d'abord été permise, puis totalement interdite. Enfin un système mixte avait fini par triompher : la donation entre époux, tout en demeurant provisoirement nulle pendant la vie du donateur, était confirmée par le seul fait que ce donateur mourait, durant le mariage, sans avoir manifesté la volonté de revenir sur sa libéralité.

La donation entre époux a passé aussi, dans notre ancien droit, par deux périodes, l'une de liberté, l'autre de restriction. Cela tient, sans doute, à ce que, dans les civilisations primitives, la femme se trouvant sous la puissance complète du mari, *manus* ou *mundium*, il n'y a point d'opposition d'intérêt entre le mari et la femme, ni entre leurs familles. Le mari n'est point tenté de recourir à la violence et à la crainte pour arracher à la femme la donation d'une fortune qui est confondue avec la sienne, la femme n'a point le désir d'obtenir par la ruse ou la captation des libéralités qui n'iraient point enrichir sa famille.

Pendant toute la période barbare les donations entre époux ne paraissent pas avoir rencontré de difficultés dans les pays de Droit Écrit. Les formules qui les contiennent sont fréquentes dans les recueils ¹. La loi barbare des Wisigoths défendait, il est vrai, aux époux de se faire des donations en dehors des conventions matrimoniales, mais cette défense ne concernait que la première année de mariage. Ce délai passé les époux reprenaient toute leur liberté ². On ne trouve, à cette époque, d'interdiction véritablement absolue de la donation entre époux que dans les *Petri exceptiones* qui annulent toute donation entre époux autre que la donation *propter nuptias* ³, à moins qu'elle ne soit confirmée par le consentement du donateur persévérant jusqu'à son décès.

1. De Rozière, *Recueil général des formules. Donationes inter virum et uxorem*, form. CCXLV à CCLIV. Formules wisigothiques, nos 16 et 23.

2. Loi des Wisigoths, l. III, tit. I, cap. v. Walter, *Corpus juris germanici antiqui*, tome I, p. 469.

3. *Petri Exceptiones*, l. I, c. 36, *Nisi mortis tempore taciturnitate aut specialiter confirmetur*.

A partir du siècle ^{xiii}^e, on voit s'introduire de plus en plus des restrictions à la liberté des donations entre époux. Mais les pays coutumiers et les pays de Droit Écrit suivent désormais deux théories différentes qu'il est intéressant de comparer.

La plupart des coutumes arrivent à défendre toute espèce de libéralité entre époux, non seulement par donation entre vifs, mais aussi par donation à cause de mort, et même par testament¹.

La nullité qui frappe ces libéralités est absolue. Au fond, comme le fait très bien remarquer Ferrières, cette interdiction complète des donations entre époux est la manifestation « du soin et du désir de conserver les biens dans les familles, qui a servi de fondement à la très grande partie des dispositions coutumières. On a considéré que l'État ne peut se maintenir que par ce moyen; autrement les conjoints par mariage, qui n'auraient pas d'enfant, se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre, et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères². » Il convient aussi d'ajouter que le système romain, en faisant de la donation entre époux une libéralité révocable au gré du donateur, heurtait complètement la théorie coutumière de l'irrévocabilité absolue des donations.

Les coutumes permettaient toutefois, par exception, les donations mutuelles entre époux, lorsqu'il n'y avait pas d'enfant au décès du premier mourant, du moment où ces libéralités étaient irrévocables et comportaient pour les parties égalité dans la valeur des objets donnés, égalité dans les chances de survie. Ce don mutuel consistait le plus souvent dans l'usufruit de la part de communauté qui devait revenir au donateur.

Au contraire les pays de Droit Écrit adoptèrent généralement, sur la validité des donations entre époux, la théorie beaucoup moins rigoureuse du droit romain dans son dernier état. Cette doctrine se répandit d'autant plus aisément dans

1. Cout. de Paris, art. 282. D'Orléans, art. 280. Les dispositions des coutumes sont des plus variables, nous ne retenons que la tendance générale.

2. Ferrières, *Gloss* 2, n. 6, sur l'art. 282 de la coutume de Paris, cité par Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, tome VI, § 436.

le midi que la donation entre époux, ainsi susceptible de confirmation, au profit du donataire survivant, par le décès du donateur sans changement de volonté, était assimilable à la donation à cause de mort fort usitée dans ces contrées.

On trouve cependant çà et là, même dans les pays de Droit Écrit, des dispositions tout à fait particulières sur la capacité entre époux. Ainsi d'après la coutume de Montpellier, la femme ne peut donner que le quart de ses biens à son mari; avec l'assistance de ses parents, elle peut donner la totalité. Enfin, si la femme a un enfant elle acquiert le privilège de disposer librement de la totalité de ses biens : *et si donum fecerit marito aut alicui occasione mariti, vel testamentum sine consilio patris sui, aut matris sue vel propinquorum suorum, nullius debet esse momenti; sive sit ipsa major natu, vel minor; sed hoc de filia intelligitur que sine libero est; nam si liberum habuerit queat testari et donare pro libitu suo, sine consilio parentum et propinquorum. Mater tamen sit vel non sit, quartam partem bonorum suorum potest marito relinquere sine consilio parentum vel propinquorum; presentibus autem parentibus, vel propinquis, vel absentibus, si per eos steterit quominus interesse velint, potest sine distinctione marito largiri et relinquere quidquid voluerit*¹.

Dans la coutume de Carcassonne, la femme ne peut jamais donner à son mari la totalité de ses biens qu'avec l'assentiment de ses parents; seule elle ne peut lui faire donation que du quart. *Mater tamen sit vel non mater, piis locis et miserabilibus personis et viro suo potest relinquere quartam partem bonorum suorum et non aliquid plus. Presentibus autem parentibus vel absentibus vel propinquis, potest hoc quod ante dictum est relinquere*².

Mais en dehors de ces coutumes exceptionnelles, on peut dire que, dans l'ensemble des pays de Droit Écrit, les donations entre époux étaient régies par les règles que nous avons étudiées dans le droit de Justinien. Il en résultait notamment que ces donations étaient confirmées par la mort du donateur sans changement de volonté, quoiqu'il n'y eût point eu

1. Cout. de Montpellier, art. 55, Ch. Giraud, *Essais sur l'histoire du droit français*, tome I, pièces justificatives, p. 61.

2. Cout. de Carcassonne, art. 54, Ch. Giraud, *loc. cit.*, p. 61.

de tradition et que les parties se fussent contentées d'un simple pacte¹; que ces donations, lorsqu'elles se trouvaient ainsi confirmées et qu'elles avaient été insinuées, produisaient l'effet non des donations à cause de mort, mais des donations entre vifs, c'est-à-dire rétroagissaient au jour où elles avaient été faites², que la simple constitution d'hypothèque par le donateur n'impliquait pas révocation de la donation³.

Les pays de Droit Écrit n'adoptèrent pas toutefois la théorie de Justinien sur l'insinuation des donations entre époux. On sait que, dans le droit de Justinien, la donation entre époux non insinuée n'est valable qu'en vertu d'une confirmation testamentaire expresse⁴. Or, malgré l'influence de la tradition romaine, le défaut d'insinuation de la donation entre époux n'était pas considéré par les auteurs de Droit Écrit⁵, et même par la jurisprudence du parlement de Toulouse⁶, comme une cause de nullité de la libéralité à l'égard du donateur et de ses héritiers. On donnait comme raison « que ces donations valent comme dons à cause de mort et que ces dons sont valables quoique non insinués⁷ ».

Nous avons vu que, dans les pays coutumiers, les dons mutuels entre époux jouissaient d'une faveur spéciale, qu'ils étaient autorisés par dérogation aux principes ordinaires sur les libéralités entre époux et considérés comme irrévocables. C'était au contraire une question fort controversée en pays de Droit Écrit que de savoir si ces dons étaient irrévocables dès l'origine ou simplement confirmés par la mort du donateur comme toute autre donation entre époux. De Cambolas donnait la première solution, quand le don mutuel était égal de part et d'autre, parce qu'alors il n'était pas une pure libéralité⁸. Mais l'opinion contraire était plus généralement reçue⁹.

1. Furgole, *Ord. sur les donations*, sur l'art. 46. Roussilhe, *la Jurisprudence des donations*, tome I, ch. III, dist. II, art. 1, n. 77. La question avait été discutée par les glossateurs, mais elle ne pouvait être douteuse, depuis que sous l'influence du droit romain dans son dernier état, la donation était considérée, dans les pays de Droit Écrit, comme un contrat consensuel.

2. 25. Cod. de donat. int. virum et uxorem. 5. 16.

3. Roussilhe, *loc. cit.*, n. 79.

4. 25. Cod. 5. 16.

5. D'Olive, l. 4, ch. 4 et 28; de Catellan, l. v, ch. 9.

6. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, sur l'art. 46.

7. Roussilhe, *loc. cit.*, n. 77.

8. De Cambolas, l. IV, ch. 43.

9. Furgole, *loc. cit.* Roussilhe, *loc. cit.*, n. 76.

La matière des donations entre époux présente cette particularité que l'ordonnance de 1731 ne l'a point réglementée : « n'entendons comprendre, dit expressément l'art. 46, dans les dispositions de la présente ordonnance ce qui concerne *les dons mutuels et autres donations faites entre maris et femmes*, autrement que par le contrat de mariage, ni pareillement les donations faites par le père de famille aux enfants en sa puissance, à l'égard de toutes lesquelles donations, il ne sera rien innové jusqu'à ce qu'il y ait été autrement par nous pourvu. » L'ordonnance de 1733 sur les testaments reproduit la même disposition¹ à propos de ce que le texte appelle « les donations mutuelles à cause de mort » qui ne sont autres que les donations mutuelles faites entre personnes mariées².

D'importantes conséquences résultent, dans les pays de Droit Écrit, du silence gardé par les ordonnances sur les donations entre époux. Celles-ci sont restées révocables et, par suite, n'ont point été atteintes par les applications rigoureuses de la règle *donner et retenir ne vaut* contenues dans l'ordonnance de 1731. Ainsi les donations entre époux ont continué à pouvoir être faites de biens présents et à venir ; le donataire a pu être chargé de payer les dettes de la succession du donateur, de supporter toutes les légitimes dues à ses héritiers, d'exécuter des conditions dépendant de la volonté du donateur ; ainsi encore l'effet mobilier dont le donateur s'était réservé la disposition est devenu, si le donateur n'usait pas de cette faculté, la propriété du donataire.

Les donations entre époux ont échappé également aux formes compliquées de l'ordonnance de 1731. Elles sont restées possibles sans acceptation expresse du donataire. La formalité de l'état dans les donations d'objets mobiliers que n'accompagnait pas la tradition réelle, l'insinuation même, à l'égard du donateur et de ses héritiers³, sont demeurées facultatives dans la matière des donations entre époux.

Cet état de choses a subsisté jusqu'à la période intermé-

1. Ord. de 1735, art. 77, « pareillement sans rien innover en ce qui concerne les donations mutuelles à cause de mort, jusqu'à ce qu'il y ait été par nous pourvu suivant la réserve portée par l'article 46 de notre ordonnance du mois de février 1731.

2. Roussilhe, *loc. cit.*, § 75.

3. D'après la jurisprudence du parlement de Toulouse. Furgole, sur l'art. 46.

diaire. La loi du 5 brumaire an II enleva à la donation entre époux le caractère original qu'elle gardait dans les pays de Droit Écrit : elle ne fut plus révocable par la volonté du donateur, ni caduque par le prédécès du donataire : « les avantages stipulés entre époux encore existants, dit l'article 2, soit par leur contrat de mariage, soit par des actes postérieurs ou qui se trouveraient établis dans certains lieux par les coutumes, statuts ou usages, *auront leur plein et entier effet*¹ ». On a prétendu, il est vrai, que cette loi n'avait dérogré qu'au droit coutumier et qu'elle n'en avait aboli les dispositions restrictives que pour étendre à la France les règles romaines qui régissaient, dans les provinces de Droit Écrit, les donations entre époux. Mais la généralité du texte des lois de brumaire et de nivôse n'autorise pas cette distinction. « La loi du 17 nivôse, disait un commentaire approuvé précisément par Cambacérès et Berlier, qui avaient participé à la rédaction de cette loi, est venu affranchir de *toutes entraves* ce sentiment de bienveillance et d'estime réciproque qui fait le charme d'un pareil état. Elle a ouvert une carrière de bienfaisance sans bornes, même pendant le cours du mariage, aux époux qui n'ont pas d'enfants². »

Il est à remarquer que ce sont les principes du droit romain transmis par la jurisprudence des pays de Droit Écrit qui ont inspiré en grande partie le Code Civil dans la matière des donations entre époux. Le Code déclare en effet ces libéralités révocables. La théorie du Code ne semble pas toutefois absolument identique à la théorie des provinces de Droit Écrit. Suivant les expressions de Demolombe, « d'après l'idée ancienne la donation, imparfaite à son origine, avait besoin d'être confirmée par la persévérance du donateur dans la volonté de donner, tandis que, d'après l'idée moderne, la donation n'a besoin d'aucune confirmation; elle est, dès actuelle-

1. La loi du 17 nivôse an II (art. 13) renouvela cette disposition. On peut remarquer que, précisément au moment où la législation intermédiaire faisait rentrer les donations entre époux dans le droit commun, elle interdisait à peu près la donation entre vifs entre personnes étrangères, en réduisant la quotité disponible au 10^e, si le donateur avait des héritiers en ligne directe, au 6^e s'il avait des héritiers en ligne collatérale. (Loi du 5 brumaire an II, art. 9 et 11. Loi du 17-21 nivôse an II, art. 1 et 16.) La quotité disponible entre époux, s'il y avait des enfants, était, au contraire, de la moitié du revenu de la totalité des biens, en usufruit (loi du 17 nivôse, art. 13, § 2).

2. Vermeil, *Code des successions*, cité par Devilleneuve, 1841, 1, 305.

ment parfaite, et elle demeurera telle, si le donateur ne la révoque pas ¹ ». En d'autres termes, la donation entre époux est considérée comme une libéralité entre vifs affectée seulement d'une condition résolutoire dépendant de la volonté du donateur. Il en résulte notamment, contrairement aux usages des pays de Droit Écrit, que la donation entre époux est soumise aujourd'hui aux formes solennelles ² de la donation.

SECTION III

Donations faites à l'occasion des secondes noces.

Nous avons vu qu'en droit romain les secondes noces avaient une grande influence sur la capacité, en matière de donations³.

Les déchéances résultant des secondes noces ont passé, avec une importance diverse, dans les pays de Droit Écrit. Les ordonnances en ont ajouté d'autres. Pour plus de clarté, nous subdiviserons donc l'étude de ces incapacités en quatre paragraphes.

§ 1. — Incapacités atteignant la femme qui contracte des secondes noces dans l'année de deuil

Nous rappelons qu'en droit romain la femme qui se hâtait ainsi de se remarier perdait tous les gains nuptiaux provenant de son premier mari, devenait incapable de recevoir une libéralité par acte de dernière volonté, et ne pouvait disposer, en faveur de son second époux, que du tiers de ses biens. La femme qui mettait au monde, pendant l'année de deuil, un enfant dont il était impossible d'attribuer la paternité au mari décédé était assimilée à la femme remariée dans l'année de deuil.

Un premier point était admis dans tous les pays de Droit Écrit. La femme qui se conduisait mal pendant l'année de

1. Demolombe, *Traité des donations entre vifs*, t. VI, § 442.

2. Telle est l'interprétation du système du Code qui paraît avoir prévalu. Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *Cours de Code Civil*, t. VIII, § 743, note 1; Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code Civil*, t. IV, § 276 bis. On a soutenu que la donation entre époux était une donation à cause de mort.

3. 1^{re} partie, ch. II, sect. III, § 1, art. 2, p. 48.

deuil était certainement soumise aux déchéances qui frappaient la veuve remariée en droit romain, notamment perdait le bénéfice des donations de son mari ¹. La question ne paraissait pas discutée à l'époque de Du Moulin, même dans le pays coutumiers ²; on trouve, du reste, dans ce sens, des arrêts des parlements de Grenoble, d'Aix, de Bordeaux ³. Ces arrêts admettaient les tiers possesseurs, les enfants, les héritiers du mari à prouver l'inconduite de la femme. Cette question ne soulevait pas davantage de difficultés au xviii^e siècle. « On excuse, dit Guyot, dans son *Répertoire*, une veuve qui se hâte de passer à un second mariage. Souvent des motifs de conscience et d'honnêteté peuvent l'y déterminer, mais on ne saurait jamais excuser celle qui passe l'année de deuil dans le désordre ⁴. »

La jurisprudence des pays de Droit Écrit était au contraire divisée sur l'application à la femme remariée dans l'année de deuil des anciennes déchéances romaines. Ces déchéances étaient admises dans le ressort des parlements de Toulouse, d'Aix, de Grenoble, de Pau ⁵. Des arrêts de ces parlements privent la femme de tous ses avantages nuptiaux et de tout ce qui lui a été laissé par son défunt mari ⁶; d'autres lui interdisent de recevoir, par donation à cause de mort, une libéralité d'une personne étrangère ⁷ et de disposer au profit de son second mari, au delà du tiers de ses biens ⁸. Ces incapacités frappent la femme par le seul fait qu'elle se remarie avant l'expiration de l'année de deuil, sans qu'il y ait lieu de distinguer si neuf mois se sont écoulés, si la femme a mis au monde un enfant depuis la mort de son mari, si elle n'est plus en âge d'avoir des enfants, si elle est mineure, si le

1. Même d'après la jurisprudence du parlement de Toulouse, la veuve qui se conduisait mal après l'an de deuil était privée des avantages que lui avait faits son mari. De Cambolas, livre III, ch. xlv; de Catellan, livre IV, chap. lxxii.

2. Du Moulin, sur l'ancienne coutume de Paris, § 30, nomb. 143.

3. Grenoble, 9 août 1630. — Aix, 3 février 1674. — Bordeaux, 30 janvier 1646. Lapeyrière, l. N, n° 6.

4. Guyot, *Répertoire de Jurisprudence*, v° *Deuil*, éd. de 1784, p. 586.

5. D'Espeisses, *Des contrats*, part. 1, tit. XIII, *Du mariage*, section v. 1.

6. Bretonnier sur Henrys, t. II, liv. IV, ch. vi, quest. 66. Nous ne parlons que des peines dans la matière des donations : la femme notamment ne devient plus infâme. Grenoble (janvier 1618) d'Espeisses, *loc. cit.*; Toulouse (24 janvier 1576). La Rocheffavin, *Arrêts*, l. II, v° *Mariage*, tit. IV, arr. 2; Aix, Boniface, t. I, liv. I, tit. XXVII, ch. 5.

7. D'Olive, *Arrêts*, liv. III, ch. 12.

8. Chambre de l'édit de Castres, 9 juillet 1634. D'Olive, *loc. cit.*, ch. 11.

mari a laissé ou non des héritiers, car alors le fisc prend ce que la femme ne peut plus recevoir ¹.

Au contraire, ces incapacités n'étaient pas en usage dans le ressort du parlement de Bordeaux ², ni dans les pays de Droit Écrit compris dans le ressort du parlement de Paris ³.

§ II. — Incapacités frappant la mère qui, après avoir accepté la tutelle de ses enfants, se remarie sans leur avoir fait nommer un autre tuteur, sans avoir rendu son compte et payé le reliquat.

Beaucoup de jurisconsultes des pays de Droit Écrit repoussaient l'assimilation que faisait Justinien entre la mère qui néglige de pourvoir ses enfants d'un tuteur et la mère qui se remarie dans l'année de deuil. Ces auteurs pensaient, comme D'Olive, « que cette nouvelle constitution de Justinien est écrite d'un style fort aspre, et que la raison a beaucoup de peine d'approuver le parallèle qu'elle fait des femmes qui, sans rendre compte de leur administration, se remarient en un temps permis et licite, avec celles qui offensent les bonnes mœurs et l'honnêteté publique, troublent le sang du défunt et, violant la religion de deuil, se précipitent aux plaisirs d'un second mariage dans le temps que les lois et la pudeur ont consacré aux regrets et aux larmes, et qui font, s'il faut ainsi dire, mourir, pour la seconde fois, celui que le deuil conservait vivant en leur mémoire malgré le trépas ⁴ ». D'Espeisses va même jusqu'à dire que cette peine n'avait pas lieu en France ⁵.

Mais la jurisprudence était beaucoup plus hésitante. Si un arrêt de Toulouse de 1635 décida que la femme qui se remariait sans rendre son compte de tutelle n'était pas privée de l'usufruit de l'augment, contrairement à ce qui se passait pour les femmes mariées dans l'an de deuil ⁶, un arrêt du 9 février 1623 avait enlevé à la mère dans cette même espèce la donation à cause de mort et les autres avantages que lui

1. D'Espeisses, *loc. cit.*, Bretonnier sur Henrys, *loc. cit.*

2. La Peyrère, lettre N, nombre 6. Bretonnier, sur Henrys, *loc. cit.*, nouvelles observations.

3. D'Espeisses, *loc. cit.*, arrêt du 6 mars 1697 pour une veuve du Forez. Bretonnier, sur Henrys, *loc. cit.*

4. D'Olive, *Questions notables du droit*, liv. III, ch. vii.

5. D'Espeisses, *loc. cit.*, sect. vi.

6. D'Olive, *loc. cit.*, liv. III, ch. 6.

avait faits son mari; un autre arrêt du 14 août 1698, rendu à la deuxième chambre des enquêtes après partage de la première, retira à la mère remariée l'usufruit des libéralités de son premier mari¹. Il semble même bien que la jurisprudence du parlement de Toulouse avait fini par se fixer, contrairement à l'avis de D'Olive, dans le sens le plus rigoureux pour la femme².

Le parlement de Provence privait la veuve de sa dot et des biens acquis jusqu'au second mariage, par conséquent des donations qu'elle avait reçues³. Ces biens étaient attribués aux enfants du premier lit, sous déduction de la légitime réservée aux enfants du second lit.

Ces déchéances n'étaient pas en usage dans le ressort du parlement de Bordeaux⁴.

§ III.— Incapacités de la veuve qui se remarie à une personne indigne de la qualité de son premier mari.

Ces incapacités, inconnues en droit romain⁵, furent introduites par l'ordonnance de Blois, de mai 1579. Toutes les libéralités de la veuve envers son nouvel époux, directes ou déguisées, étaient annulées. La femme était en outre considérée comme en état d'interdiction du jour de son second mariage; elle devenait incapable d'aliéner et, par conséquent, de faire une donation : « et d'autant, dit textuellement l'art. 182 de l'ordonnance, que plusieurs femmes veuves, même ayant enfant d'autres mariages, se remariaient follement à personnes indignes de leur qualité, et, qui pis est, les aucunes à leurs valets, nous avons déclaré et déclarons *tous dons* et avantages qui, par les dites veuves ayant enfants de leur premier mariage, seront faits à telles personnes, sous couleur de *donation*, vendition, association à leur communauté, ou autres quelconques, nuls, de nul effet et valeur; et icelles femmes, lors de la convention de tels mariages, avons mis

1. De Catellan, *Arrest.*, l. IV, ch. 21.

2. De Cambolas, l. VI, ch. 51, p. 556.

3. Dupin, *Traité des peines de secondes noces*. Paris, 1734, 1 vol. in-4°, tit. II, ch. xi, nos 14-15-16.

4. Arrêt du 1^{er} mars 1572. Dupin, *loc. cit.*, n° 3.

5. Le droit romain, avait bien interdit aux sénateurs et à leurs enfants d'épouser des affranchis, des histrions, des personnes de mauvais vie; aux femmes libres, d'épouser des esclaves, mais il ne s'agissait pas spécialement d'un second mariage.

et mettons en l'interdiction de leurs biens, leur défendant de vendre ou autrement aliéner, en quelque sorte que ce soit, et à toutes personnes d'en acheter, ou faire avec elles autres contrats par lesquels leurs biens puissent être diminués; déclarons les dits contrats nuls. » L'ordonnance ne s'appliquait que s'il y avait des enfants du premier mariage.

Cette ordonnance a été reçue dans les pays de Droit Écrit comme dans les pays coutumiers. Un arrêt du parlement de Bordeaux, de 1620, déclara déchue des avantages qui lui étaient acquis par contrat de mariage une femme qui avait épousé en secondes noces son valet et lui fit en même temps défense d'aliéner ses biens propres ¹. Un arrêt du parlement de Toulouse, de 1597, annula une libéralité de 600 écus que la veuve d'un conseiller à la sénéchaussée de Tarbes, mère de deux enfants, avait faite à son fiancé, qui avait été autrefois chaussetier ².

§ IV. — Incapacités découlant, pour les époux, du seul fait qu'ils contractent de secondes noces.

Nous retrouvons, en pays de Droit Écrit, les restrictions apportées par le droit romain à la capacité des époux qui se remarient : nécessité de conserver aux enfants la nue propriété des biens donnés par l'époux prédécédé; interdiction pour l'époux remarié de disposer, au profit de son nouvel époux, d'une portion de ses biens dépassant la part de l'enfant le moins prenant.

La première de ces incapacités s'est introduite tout naturellement dans le midi avec l'usage du Code Théodosien ³. Nous la retrouvons dans le Bréviaire d'Alaric ⁴.

La seconde incapacité, postérieure au Code Théodosien ⁵, a dû entrer rapidement dans les coutumes et la jurisprudence méridionales, à mesure que l'influence de Justinien s'est fait plus fortement sentir. Les *petri exceptiones* en font déjà mention : *nullus pater vel mater habens legitimos libe-*

1. Dupin, *Traité des peines de secondes noces*, tit. II, ch. XII, n° 5.

2. De Cambolas, *Décisions notables*, l. II, ch. 35.

3. Cod. Th., lib. III, tit. VIII. L'incapacité des veufs n'était pas strictement prononcée dans cette loi; elle le fut par la loi 5. Cod. J. 5. 9.

4. *Lex. Rom. Wisigoth.*, lib. III, tit. VIII, de *secundis nuptiis*, éd. Haenel, p. 84.

5. Elle date de 469, sous Léon et Anthemius.

*ros ex priori matrimonio, si ad secundas vel tertias nuptias migraverit, debet majorem propter nuptias donationem donare secundæ uxori, vel majorem dotem dare secundo viro quam sit pars que de bonis ejus contingit alicui ex filiis, scilicet pro numero liberorum suorum dare; quidquid dederit, etiam si dederit legatum vel fideicommissum vel quamlibet donationem... Illa pars quam dedit uxori secundæ, vel uxor viro secundo, cœquatur parti illius filii qui minus a patre acceperit*¹.

Les jurisconsultes des pays de Droit Écrit sont du reste d'accord pour affirmer que les peines de secondes nocces étaient en usage dans ces régions avant l'édit des secondes nocces en 1560. « Pour les pays, dit Henrys, où l'on suit pour loi le droit romain par la permission de nos rois, c'est chose assurée que l'édit n'a rien innové, et que, les peines de secondes nocces y étant déjà établies par les constitutions des empereurs romains, on ne se peut relâcher de leur rigueur, n'étant à croire que l'Édit y ait voulu déroger, mais au contraire les faire valoir ailleurs : ce qu'ainsi l'Édit explique assez clairement quand il porte, sur la fin, qu'il n'entend déroger aux coutumes qui auraient introduit les peines plus grandes contre les secondes nocces² ».

L'Édit des secondes nocces a donc eu beaucoup moins d'importance dans les pays de Droit Écrit que dans les pays coutumiers, où il mit fin aux dispositions variables des coutumes qui, tantôt admettaient les peines de secondes nocces, tantôt gardaient le silence sur leur application. Le texte de l'Édit est néanmoins intéressant à rapporter, car il fortifia les usages du midi.

Le premier chef porte « que les femmes veuves, ayant enfans ou enfans de leurs enfans, si elles passent à de nouvelles nocces, ne pourront, en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens meubles, acquêts, ou acquis par elles d'ailleurs que par leurs premiers maris, ni moins leurs propres à leurs nouveaux maris, père, mère ou enfans des dits maris ou autres personnes qu'on puisse présumer être, par dol ou

1. *Petri exceptiones*, lib. IV, cap. 55, de Savigny, *Hist. du droit romain au moyen-âge*, trad. Guenoux, t. IV, p. 364.

2. *Henrys (Œuvres de Claude)*, t. II, liv. IV, ch. iv, quest. 14. Ricard, t. I, 3^e part., ch. 9, n° 1180. Dupin, *Des peines de secondes nocces*, tit. III, ch. II, n° 14.

fraude, interposées; plus qu'à un de leurs enfans ou enfans de leurs enfans. Et s'il se trouve division inégale de leurs biens faite entre leurs enfans ou enfans de leurs enfans, les donations, par elles faites à leurs nouveaux maris, seront réduites à raison de celui des enfans qui en aura le moins ».

Le deuxième chef veut qu'« au regard des biens à icelles veuves, acquis par dons et libéralités de leurs défunts maris, elles n'en peuvent et ne pourront faire part à leurs nouveaux maris; ains elles seront tenues de les réserver aux enfans communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité desquelles iceux biens leurs sont advenus. Le semblable voulons être gardé ès-biens qui sont venus aux maris par dons et libéralités de leurs défunttes femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire don à leurs secondes femmes; mais seront tenus de les réserver aux enfans qu'ils ont eus de leurs premières ».

L'Édit des secondes noccs fut publié dans toutes les cours des provinces soumises à François II, par conséquent dans la plupart des pays de Droit Écrit. Toutefois, sa publication n'eut pas lieu au parlement de Bordeaux¹, et il faut remarquer qu'à cette époque la Bresse, le Bugey, les Dombes, le Béarn, la Navarre, le Roussillon n'étaient pas réunis à la couronne. Mais ce n'est là, en réalité, qu'un détail purement historique, car dans ces provinces on suivait, sur cette matière, les dispositions du droit romain².

Pour plus de clarté, nous suivrons, dans notre étude, l'ordre même des deux chefs de l'Édit.

1^o *Interdiction pour l'époux remarié de donner directement ou indirectement à son nouvel époux, au delà de la portion de l'enfant le moins prenant.*

Personnes incapables de donner. — Cette incapacité s'appliquait sans difficulté, dans les pays de Droit Écrit aussi bien aux maris qu'aux femmes qui, ayant des enfans ou seulement des descendants, contractaient un second mariage. Le texte de l'Édit des secondes noccs aurait pu être considéré comme restreignant cette interdiction aux femmes veuves, mais outre qu'on considérait l'Édit « comme ayant

1. Dupin, *loc. cit.*, tit. III, ch. 1, n^o 14.

2. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v^o *Secondes noccs*, § 1, 455.

voulu introduire les peines des secondes noces, où elles étaient ignorées, et non les restreindre où elles étaient en usage »¹, la jurisprudence des pays coutumiers avait elle-même, malgré le texte, étendu les dispositions de l'Édit aux veufs².

Personnes incapables de recevoir. — Le droit romain interdisait la donation en faveur du second époux, soit directement, soit par personne interposée, mais sans définir quelles étaient les personnes interposées; la preuve de l'interposition restait donc toujours nécessaire. L'édit des secondes noces alla plus loin; il établit une présomption d'interposition à l'égard des père, mère et enfants du nouvel époux, c'est-à-dire, par interprétation, à l'égard de tous ses ascendants et descendants. Cette extension passa dans la jurisprudence des pays de Droit Écrit. Il paraît toutefois qu'on y soutenait que la présomption d'interposition ne s'appliquait qu'aux dons faits aux enfants du second mari et non aux dons faits aux enfants de la seconde femme, parce que seuls les premiers sont sous la puissance de leur père, qui profite de l'usufruit de ces dons. Cette interprétation s'appuyait sur la lettre même de l'Édit, qui ne parlait que « des enfants desdits maris » et sur un arrêt du parlement de Toulouse, du 26 janvier 1624³.

La présomption d'interdiction n'existait pas à l'égard des enfants communs nés du second mariage. La donation faite en faveur du second conjoint était même valable, quand elle était faite avec charge de rendre aux enfants communs⁴.

Quotité disponible. — L'époux remarié, ainsi frappé d'incapacité relative, ne pouvait disposer, au profit de son second époux, que d'une part d'enfant le moins prenant. On pouvait toutefois se demander si, pour le calcul de ce qui devait revenir au second époux, il fallait envisager la part de l'enfant le moins prenant telle qu'elle devait être en droit, ou bien

1. Henrys, t. II, l. IV, ch. iv, quest. 14.

2. Arrêt solennel du 18 juillet 1587. Ricard, 3^e part., ch. 9, glose 1, n^o 1190.

3. De Cambolas, *Décisions notables*, l. V, ch. VIII. — Contre Maynard, l. III, ch. 82. Arrêt de Toulouse du 18 janvier 1578. D'Espeisses, part. 1, tit. XIII, *Du mariage*, sect. VI, n^o 25.

4. Arrêt de Toulouse, février 1590. Maynard, l. III, ch. 75, 25 mai 1582. La Rocheffavin, v^o *Mariage*, arrêt 13. Bordeaux, mars 1659, Lapeyrère, lettre N. nombre 20.

telle qu'elle était en fait. Dans le premier cas, la quotité disponible de l'époux ne pouvait être moindre que la légitime de l'enfant; dans la seconde interprétation, elle pouvait tomber à un chiffre dérisoire, si l'enfant se contentait d'un don infime. Il paraît que la jurisprudence adopta d'abord la seconde interprétation ¹. Mais les parlements de Toulouse, de Paris, notamment pour les pays de Droit Écrit compris dans son ressort, de Grenoble revinrent bientôt sur leurs décisions et consacrèrent définitivement la première interprétation ².

Au parlement de Bordeaux on continua cependant de juger que la réduction des dons faits au second époux devait se faire à la portion de l'enfant le moins prenant, même si elle n'égalait pas sa légitime ³. Toutefois si la libéralité laissée à l'enfant était absolument illusoire, le parlement admettait que la donation faite à l'époux devait avoir son plein effet dans les limites de la légitime ⁴.

Libéralités atteintes par la prohibition. — Les termes de la prohibition étaient entendus d'une façon fort rigoureuse dans les pays de Droit Écrit. La jurisprudence soumettait à la réduction, dans les limites de la part de l'enfant le moins prenant, tous les avantages que l'époux pouvait faire à son nouveau conjoint, même les avantages purement légaux, augment, bagues et bijoux, etc., qui étaient en usage, à moins de convention contraire ⁵.

Personnes en faveur desquelles la prohibition est faite. — Ce sont les intérêts des enfants de l'époux remarié que ces restrictions à la liberté des donations ont pour but de protéger. Il en résulte que, s'il n'existe pas d'enfants ou que si tous sont décédés avant l'époux remarié, ce dernier est libre de disposer de ses biens comme bon lui semble ⁶; que si le donateur, depuis la donation faite au second conjoint, s'est en-

1. Ricard, 3^e partie, ch. 9, glose 4, n° 1254.

2. Toulouse, arrêt du 16 janvier 1588. Maynard, liv. III, ch. 74. 4 juin 1639. D'Olive, livre III, ch. 43. — Paris, 24 juillet 1660. Ricard, 3^e part., n° 1260. — Grenoble, 14 mars 1618. 2 avril 1642. 14 mars 1649. Merlin, *Rép.*, v° *Secondes noces*, § 4, art. II, n° 21.

3. Bordeaux, 13 mai 1576. 12 mai 1646. Dupin, *loc. cit.*, tit. IV, ch. 4, n° 20.

4. Jugé notamment qu'un legs de cinq sols fait à l'enfant du premier lit ne pouvait servir pour faire réduire les avantages portés par le contrat de mariage du second époux. Arrêt de 1609. Dupin, *loc. cit.*, n° 21.

5. Arrêts de Toulouse du 12 sept. 1598. 3 juin 1613. De Cambolas, livre II, ch. 46.

6. D'Espeisses, partie 1, tit. XIII, sect. vi, n° 26.

gagé envers des créanciers jusqu'à devenir insolvable, le retranchement qu'il convient de faire, si la donation est excessive, est au profit des seuls enfants, à l'exclusion des créanciers¹.

Il peut se trouver qu'il existe à la fois des enfants du premier lit et du second lit ; dans ce cas, quels seront ceux qui seront appelés à bénéficier du retranchement opéré sur la donation de leur auteur ?

Deux systèmes peuvent se concevoir : 1° appeler au partage du bénéfice de ce retranchement tous les enfants. En réalité « les biens retranchés de la donation faite au second mari sont ceux de la mère commune ; or, tous les enfants, de quelque mariage qu'ils soient nés, étant autant à leur mère les uns que les autres, doivent y avoir un droit égal² » ; 2° réserver le produit de ce retranchement aux enfants du premier lit, car seuls ils ont à redouter les entraînements de la passion de leur père ou de leur mère remariés et les artifices d'un beau-père ou d'une belle-mère.

Le droit romain avait oscillé successivement entre ces deux systèmes. En 469, la loi *hâc edictali* (6. C. 5. 9) avait d'abord consacré le second ; en 486 la loi *quoniam* (9. C. 5. 9) avait préféré le premier ; enfin la législation des Novelles était revenue à la théorie de la loi *hâc edictali* et avait sanctionné à nouveau le privilège des enfants du premier lit (Nov. 22. cap. 27).

Ces deux systèmes opposés se retrouvent dans notre ancien droit, les pays de Droit Écrit et les pays coutumiers ayant adopté chacun une solution complètement différente.

Ainsi, tandis que dans les pays coutumiers ce qui était retranché sur la donation excessive était réparti entre les enfants du premier et du second lit, dans les pays de Droit Écrit, le bénéfice du retranchement était réservé aux seuls enfants du premier lit. Seule la jurisprudence du parlement de Paris, pour les pays de Droit Écrit compris dans son ressort, s'était montrée longtemps hésitante, au grand scandale des jurisconsultes : « nous espérons, écrivait sévèrement

1. D'Espeisses, *loc. cit.* — *Contra* : arrêt de Castres, du 8 mars 1634.

2. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 567.

Henrys, en rapportant un arrêt de ce genre, nous espérons pourtant recouvrer des arrêts contraires qui conservent leur droit aux enfants du premier lit, et excluent ceux du second, afin que, sur cette contrariété d'arrêts, le lecteur s'arrête à ce qui est de plus certain et suive plutôt les jugements conformes à nos lois que ceux qui les choquent¹. » Après avoir en effet consacré par arrêt du 4 juin 1606 le privilège des enfants du premier lit, le parlement de Paris, qui semblait vouloir reproduire les évolutions successives du droit romain ordonna, par arrêts du 7 septembre 1645 et du 7 mars 1648, le partage du bénéfice du retranchement entre les enfants nés du premier et du second mariage. Enfin un arrêt solennel rendu le 24 juillet 1660 en la seconde chambre des enquêtes, après avis des autres chambres, vint trancher cette question célèbre et fixa la jurisprudence dans le sens adopté par toutes les cours des pays de Droit Écrit, en réservant définitivement le bénéfice du retranchement opéré sur la donation faite au second époux aux seuls enfants nés du premier mariage².

Toutefois, s'il existait des enfants de trois lits différents, la jurisprudence admettait au partage du retranchement les enfants du premier et du second lit³.

Les enfants prenaient ce qui leur revenait ainsi par suite du retranchement en vertu d'un privilège attaché par la loi à leur seule qualité d'enfants et non comme héritiers. Il en résultait qu'ils bénéficiaient du produit du retranchement, même s'ils renonçaient à la succession de leur auteur donateur, même si cette renonciation était faite par avance par une fille dans son contrat de mariage⁴. On excluait seulement du bénéfice du retranchement les enfants justement exhérédés et les morts civils⁵.

2° Interdiction pour l'époux remarié de disposer des biens

1. Henrys, livre 4, ch. 6, quest. 59, observat. n° 17.

2. Bretonnier, sur Henrys, *loc. cit.*, observat. n° 17. Dans le même sens arrêts des 31 août 1678, 15 juillet 1702, 9 février 1762. Ricard, 3^e part. ch. 9, glose 4, n° 1298, note M. Le Code Civil ne contient pas de texte sur cette question, mais le système des pays de Droit Écrit paraît bien définitivement condamné par le silence même du Code, par le fait qu'en supprimant le 2^e chef de l'édit il a écarté toute distinction d'origine entre les biens dont disposait l'époux remarié; ce système est abandonné par la majorité des auteurs. Demolombe, *Traité des donations*, tome VI, n° 602. Aubry et Rau, tome VII, § 690, note 42.

3. De Cambolas, liv. 4, ch. 18. La Peyrère. Lettre N. nomb. 29.

4. Guido Papa, *Decisiones*, etc., quest. 228, n° 1.

5. D'Espeisses, part. I, tit. 13, sect. 6, n° 26.

qui lui proviennent des libéralités de son premier époux et réserve en faveur des enfants du premier mariage de la nue propriété de ces biens.

Cette déchéance n'est point particulière à la matière des donations, puisqu'elle affecte la capacité de l'époux remarié aussi bien à l'égard des aliénations à titre onéreux que des aliénations à titre gratuit. Nous ne l'envisagerons naturellement qu'au point de vue des donations. Elle a pour base une espèce de substitution envers les enfants nés du premier mariage : « la loi feint, dit Merlin, que les avantages n'aient été faits que sous condition tacite qu'en vertu des secondes nocés l'époux serait tenu de les restituer aux enfants communs ¹. » La réserve n'atteint du reste que la nue propriété des biens provenant des libéralités du premier époux, mais elle est absolument générale, elle frappe, sans distinction, tous les biens qui proviennent à l'époux remarié de son premier conjoint, non seulement par des donations formelles, mais par toutes espèces d'avantages directs ou indirects, non seulement par des libéralités purement conventionnelles, mais même par suite de gains de survie légaux ². Il y a plus, en pays de Droit Écrit, le conjoint remarié est obligé de conserver aux enfants du premier lit, non seulement les biens qui lui proviennent personnellement de la libéralité de son premier époux, mais aussi ceux que le défunt avait laissés à ses enfants et qui, par le prédécès de quelques-uns d'entre eux, se trouvent revenir au conjoint remarié ³.

Personnes incapables de donner par suite de cette seconde incapacité. — Ici, pas de difficultés : le droit romain en usage dans les pays de Droit Écrit et le texte de l'édit de 1560 sont d'accord pour appliquer cette incapacité aux maris comme aux femmes remariés ⁴ : on l'étendait même aux aïeuls et aïeules remariés en faveur de leurs petits-enfants ⁵.

1. Merlin, *Répertoire*, v^o *Noces secondes*, § III, art. III, n^o 1.

2. D'Espeisses, part. I, tit. 13, sect. VI, n^o 2.

3. Toulouse, juillet 1576. La Rochellavin *Arrets*, livre 2, v^o *Mariage*, tit. 4, arrêt 5, 26 janvier 1598; de Cambolas, livre 2, ch. 40, 8 mars 1628, D'Olive, livre 3, ch. 4. Cette extension de la déchéance, qui ne résultait pas du texte de l'édit, mais du droit romain, (nov. 22, ch. 46, § 2), n'était pas en usage dans les pays coutumiers. Ricard, 3^e partie, ch. 9, glose 5, n^o 1361.

4. Loi *fœminæ*. 3. C. 5, 9 complétée par la loi *Generaliter*. 5. C. *eod. tit.* Les semblables voulons être gardés biens qui sont venus aux maris par dons et libéralités de leurs défunes femmes, 2^e chef de l'édit.

5. Arrêt du parl. de Bordeaux, 1614. D'Espeisses, parl. I, tit. 13, sect. VI, 3.

La seule question qui ait besoin d'un examen plus approfondi est celle de savoir si cette peine des secondes noces pouvait être remise à l'époux remarié dans les pays de Droit Écrit, soit par l'époux donateur, soit par les enfants bénéficiaires de la réserve.

Il semble que le motif même sur lequel reposait cette déchéance laissait toute liberté à l'époux donateur d'en dispenser par avance son conjoint, puisqu'après tout la réserve ainsi constituée aux enfants ne reposait que sur l'interprétation de sa volonté tacite. La tradition romaine se montrait du reste favorable à cette solution, puisque Justinien, dans le débet de la Novelle consacrée par lui à la réglementation du mariage et des peines des secondes noces, avait pris soin d'affirmer, à nouveau, le pouvoir qu'avait le testateur de continuer à régler ses libéralités à sa guise : *ut omnia quaecumque ex hodiernâ die testator disposuerit de talibus, sive vir, sive mulier consistat, hæc valeant*¹.

Aussi les jurisconsultes des pays de Droit Écrit étaient-ils généralement d'avis que l'époux donateur pouvait relever par avance son conjoint de cette incapacité². Seulement, les uns se contentaient d'une dispense tacite, par exemple si le mari faisait une libéralité à sa femme dans le cas où elle viendrait à se remarier³. Les autres exigeaient que le mari déclarât expressément qu'il voulait que sa femme, malgré les secondes noces, conservât la propriété des libéralités qu'elle recevait de lui⁴.

La jurisprudence inclinait en majorité vers la même solution. Les parlements de Grenoble, Bordeaux, Aix, se contentaient de la dispense tacite du mari⁵. Mais le parlement de

1. Nov. 22, *De nuptiis*, cap. II.

2. D'Olive, *Questions notables*, livre 3, ch. xvi, Fabré, *in suo codice*, lib. V, tit. 5, def. 5. Henrys, tome II, liv. IV, quest. XIII, édition de 1738, observat. de Terrasson, de Cambolas, liv. 6, ch. 54, n° 23.

3. *Et quidem prædefuncti conjugis tacitum (consensum) sufficere verius est*. Fabre, *loc. cit.*

4. *Ut si dicat vir, nolo quod uxor mea amittat proprietatem eorum, quæ lucratur ame, licet convolet ad secundas nuptias, alias perderet, nisi hæc dicantur*. Glose d'Accurse sur le § *unum itaque*, nov. 22, cap. 2, de Cambolas, livre 6, ch. 23.

5. Grenoble, arrêt de juin 1591; Bordeaux, arrêt du 21 mars 1618. Aix, arrêt du 14 janvier 1647, Merlin, *Répertoire*, v° *Secondes noces*, § III, art. II, p. 465.

Toulouse, après avoir admis la dispense tacite¹, avait changé de jurisprudence et jugeait que la propriété des biens donnés était réversible aux enfants du premier lit, à moins que le donateur ne déclarât *expressément* qu'il voulait que ces biens restassent la propriété du donataire même en cas de second mariage². Le parlement de Paris, pour les pays de Droit Écrit compris dans son ressort, considérait comme nulle la remise des peines de secondes noces accordées par l'époux donateur³.

On discutait également la question de savoir si les enfants du premier lit pouvaient remettre à leurs père et mère remariés ces mêmes peines en renonçant à la réserve que la loi leur accordait sur les biens provenant à l'époux remarié des libéralités de son premier conjoint. On retrouvait à ce sujet les mêmes opinions dans la doctrine et les mêmes divisions dans la jurisprudence qu'à propos de la question précédente⁴. Il convient toutefois de remarquer qu'on se montrait plus difficile sur la présomption de renonciation tacite des enfants : *quis enim credat*, disait le président Fabre, *consensum illum tacitum liberorum non extortum nimio metu liberorum reverentiali, potius quam ex libera voluntate profectum* ⁵.

Bénéficiaires de la réserve. — C'est en faveur des seuls enfants du premier lit que la propriété des libéralités provenant du conjoint décédé est retirée à l'époux remarié. Les enfants nés du second mariage n'ont par conséquent aucune part à cette réserve⁶. Par le fait seul des secondes noces de leur auteur, les enfants acquièrent la nue propriété de ces biens; ils sont censés les tenir directement du défunt, non à titre d'héritiers, mais à titre d'enfants; ils n'ont donc pas besoin

1. Arrêt du 2 avril 1615. De Cambolas, livre 4, ch. 47.

2. Arrêt de mars 1635. L'espèce était pourtant des plus favorables; on peut considérer qu'il y avait presque dispense expresse. Le mari avait donné à sa femme par pacte de mariage la somme de 5.000 livres d'augment, pour en disposer, à ses plaisirs et volonté, demeurant veuve ou étant remariée. Arrêt du 21 juillet 1637, d'Olive, livre 3, ch. 16.

3. Arrêt du règlement rendu sur appel de la sénéchaussée de Lyon, le 49 août 1715. Henrys, tome II, livre 4, ch. 4, quest. 13, ed. de 1737. Nouvelles observations de Terrasson.

4. Fabre, *in suo codice*, lib. 5, tit. 5, def. 5. D'Espeisses, *Des contrats*, part. I, tit. 13, *Du mariage*, sect. VI, n° 20.

5. Fabre, *loc. cit.*

6. D'Espeisses, part. I, tit. 13, sect. VI, n° 5.

d'accepter sa succession, ni celle de l'époux remarié¹, mais il faut qu'ils ne soient ni morts civilement ni exhérés. Les petits-enfants, par représentation de leurs père et mère décédés, peuvent réclamer la même réserve sur les libéralités de leur aïeul².

Le droit romain avait d'abord laissé à l'époux remarié le pouvoir de répartir à son gré, entre les enfants du premier lit, les biens composant la réserve ou même de désigner l'enfant qui serait seul appelé à en bénéficier. Mais Justinien ôta successivement ce droit d'élection à la mère, puis au père³. La jurisprudence des pays de Droit Écrit adopta, sur ce point, les règles du droit de Justinien⁴.

Puisque la réserve était édictée dans le seul intérêt des enfants du premier lit, il semble bien que, si tous venaient à décéder, même après le second mariage, sans laisser de descendants, la pleine propriété des libéralités sujettes à la réserve devait revenir à l'époux remarié ou plus exactement que le droit de propriété demeurait en suspens, et que sa fixation définitive sur la tête de l'enfant ou de la mère restait subordonnée à la condition du prédécès de l'un ou de l'autre. En réalité, il n'y avait plus alors à distinguer entre cette hypothèse et celle où il n'existait pas d'enfants du premier mariage. Il paraît cependant que cette question était vivement discutée dans les pays de Droit Écrit⁵. Les parlements de Droit Écrit admettaient que la propriété des biens donnés faisait retour à l'époux remarié par le prédécès de tous les enfants⁶. Le parlement de Paris, pour les pays de Droit Écrit compris dans son ressort, considérait au contraire la propriété comme définitivement perdue par l'époux remarié⁷.

Effets de cette réserve. — La réserve qui frappe les biens provenant des libéralités du premier conjoint n'atteint que la nue propriété et ne produit son effet qu'à la mort de l'époux

1. Arrêt parl. de Bordeaux, 1^{er} février 1552; d'Espeisses, *loc. cit.*, n° 4.

2. D'Espeisses, *loc. cit.*, n° 6.

3. 5. C. 5. 9; Nov. 2. cap. 1. nov. 22, cap. 25.

4. Arrêts de Toulouse de novembre 1677 et mars 1679. Merlin, *Répertoire*, v° *Noces secondes*. § III, art. III, n° 6.

5. D'Olive donne les arguments des deux opinions. *Questions notables*, livre 3. ch. 20.

6. D'Olive, livre 3, ch. xx. Mainard, livre 3, ch. 98. D'Espeisses, *loc. cit.* La Peyrère. Lettre N, nombre 35.

7. Arrêt du 27 août 1629, sur appel du bailliage du Forez. Henrys, tome II, l. IV, ch. iv, quest. 13.

remarié. Pendant sa vie, l'époux conserve l'usufruit de ces biens. Seulement, si ce sont des meubles, les pays de Droit Écrit appliquent, dans toute leur rigueur, les précautions de la loi *hac edictali* ¹. Les objets mobiliers sont estimés et la mère n'en garde la possession qu'à la condition de fournir caution ². Si la mère refuse de donner caution ou n'offre qu'une caution insuffisante, les biens sont remis aux enfants qui, à leur tour, doivent fournir une caution garantissant le paiement annuel des intérêts et la restitution au cas où ils viendraient à prédécéder, eux et tous leurs descendants. Si personne ne peut donner caution, ni la mère, ni les enfants, les biens sont laissés entre les mains de la mère jusqu'à son décès ³.

Il est à remarquer que l'obligation de la caution n'était pas imposée au père remarié ⁴. Les textes romains ne parlant que de la mère, la jurisprudence de Droit Écrit n'avait pas osé étendre leur décision. Les jurisconsultes essayaient d'ailleurs de justifier ainsi cette différence : « outre que les enfants, dit d'Espeisses, sont obligés à rendre un plus grand honneur à leur père qu'à leur mère, à cause de la puissance paternelle, il y a danger que la femme qui se remarie ne se laisse induire par son second mariage à frauder les enfants du premier mariage, vu la grande facilité des femmes, mais il arrive difficilement que la seconde femme ait pouvoir envers son mari de lui faire oublier les enfants du premier lit ⁵. »

Au décès de l'époux remarié les enfants du premier lit reprennent les biens affectés à leur réserve, sans avoir à tenir compte des hypothèques ou des aliénations consenties par le conjoint remarié.

Des différentes déchéances qui atteignaient, dans les pays de Droit Écrit, les époux remariés et qui diminuaient leur capacité au point de vue des donations, une seule a passé dans le Code Civil : l'interdiction, pour l'époux remarié, de

1. G. C. 5.9.

2. Arrêt de Toulouse du 30 juin 1575. La Rocheffavin, *Arrêts*, livre II, v^o *Mariage*, tit. 4, arr. 43.

3. De Cambolas, livre VI, ch. 51, n^o 28.

4. En sens contraire, arrêt de Bordeaux, 17 janvier 1608. Maynard, livre 9, ch. 1.

5. D'Espeisses, *loc. cit.*, n^o 9.

faire à son nouvel époux des libéralités dépassant la part de l'enfant le moins prenant.

Le projet du Code Civil avait reproduit les deux chefs de l'Édit des secondes nocces, en aggravant leur rigueur, puisque les donations envers le second époux n'étaient permises qu'en usufruit ¹. La discussion au conseil d'État ² amena la suppression du deuxième chef de l'Édit. Le droit de disposer en faveur du second conjoint de la propriété d'une part d'enfant le moins prenant fut à nouveau consacré, mais avec l'adjonction d'un maximum fixé au quart des biens, que le donateur ne put désormais dépasser quel que fût le nombre de ses enfants ³.

1. Art. 176 du projet. Locré, *la Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XI, p. 270.

2. Locré, *loc. cit.*

3. Art. 1098 C. C.

CHAPITRE VIII

DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE VIFS

SECTION PREMIÈRE

Développement historique de l'idée d'irrévocabilité dans les donations

C'est peut-être la partie la plus curieuse de l'histoire des donations que l'établissement de l'irrévocabilité spéciale qui les régit encore aujourd'hui. M. Desjardins a montré l'enchaînement logique qui unit cette irrévocabilité à l'instabilité première des donations. « C'est, dit-il, le caractère commun de toutes les conventions qu'une fois faites elles ne sont plus subordonnées à la volonté d'une seule partie. Celui qui a pu ne pas consentir, ayant consenti, n'est plus libre de retirer son consentement, malgré l'autre contractant. Voilà pourquoi la donation doit être irrévocable, comme la vente, comme l'échange. Mais cette vérité, qu'on ne pensait pas à exprimer à propos de la vente, de l'échange, que les contractants reconnaissaient dans la pratique et que les jurisconsultes n'avaient pas besoin de poser en principe, était si souvent méconnue, en matière de donation entre vifs, qu'il était indispensable de la proclamer, de la faire reconnaître pour la faire respecter. De là une insistance qui a produit un singulier résultat. Un principe qui n'était exprimé qu'à propos de la donation a paru spécial à la donation. On s'est demandé en quoi il consistait et, comme il était impossible de ne pas reconnaître que les autres conventions étaient irrévocables par nature, non par essence, on s'est persuadé que la donation l'était par essence, qu'aucune clause ne devait être admise qui porterait atteinte à cette essentielle irrévocabilité ¹. »

Il convient toutefois de remarquer que la théorie de l'irrévocabilité n'a atteint son complet développement que dans

1. Desjardins. *Recherches sur l'origine de la Règle « donner et retenir ne vaut »*. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome XXXIII, 1868, pp. 333-334.

les pays de droit coutumier. Dans les pays de Droit Écrit, l'irrévocabilité a eu la même origine, mais elle n'a point produit des effets aussi rigoureux. C'est ce que nous allons essayer de montrer en nous plaçant tour à tour au début et à l'apogée de la théorie de l'irrévocabilité, pour examiner sous quelle forme s'est produite la réaction contre l'instabilité des donations dans les pays de Droit Écrit, et quelles conséquences ont été déduites, dans ces contrées, du principe de l'irrévocabilité.

§ I. — Réaction contre l'instabilité des donations

Si l'on juge de la gravité d'un mal par la multiplicité des remèdes qu'on y apporte, on peut conclure des nombreuses précautions prises par les donateurs des temps barbares ou féodaux pour assurer le maintien de leurs dispositions que l'instabilité devait être une menace permanente pour les libéralités.

Ce n'est pas que les lois considérassent le contrat de donation comme plus fragile qu'une autre convention. Les lois des Wisigoths et des Burgondes n'autorisent nulle part le droit arbitraire de révocation. Il y a plus, la loi barbare des Wisigoths proclame expressément le principe de l'irrévocabilité : *res donatæ, si in presenti traditæ sunt nullo modo repetantur a donatore* ¹. Ce n'était pas là une disposition exceptionnelle, mais l'application d'une théorie générale qui se retrouve dans beaucoup de textes législatifs barbares ². Malheureusement, dans les temps troublés, il y a, de la théo-

1. *Leg. Wisigoth*, l. V, tit. II, § VI. Walter, t. I, p. 546. La loi barbare des Wisigoths prévoit deux cas de révocation qui n'ont rien d'arbitraire : 1° *quod si ipsum cui res donatæ fuerant, fatalis casus ab hac vitâ subduxerit, antequam rem sibi donatam caperet, ad donatorem vel ad heredes donatoris, res ipsa pertineat*. En réalité, dans ce cas il n'y a pas révocation, puisque la donation n'était pas achevée par la tradition. 2° *qui vero sub hac occasione largitur ut eandem rem ipse qui donat usufructuario iure possideat, et ita post eius mortem ad illum cui donaverit res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam quando voluerit etiamsi in nullo læsum fuerit*.

2. Nous citerons notamment : un capitulaire de Louis le Pieux : *postquam, hæc traditio ita facta fuerit, hæres illius nullum de prædictis rebus valeat facere repetitionem* (*capitula Ludovici pii ad legem Salicam* § 6. Canciani, tome II, p. 172). — Un Capitulaire de Charlemagne : *si quis voluerit cartam donationis cuilibet facere, non sicut hactenus fieri solebat, jus sibi vendendi, donandi, commutandi et per aliam cartam easdem res alienandi reservet potestatem, sed absolute faciat unusquisque quod velit* (*Leges Caroli Magni*, § 78. Canciani, tome I, p. 158). Dans le même sens : *leges Rotharis*, § 174. Canciani, tome I, p. 76. *Lex Alamannorum*, tit. I, § II. Canciani, tome II, p. 323.

rie à la pratique, une énorme distance qui se mesure à la faiblesse du pouvoir et à la puissance des convoitises cherchant sans cesse à violer ou à tourner la loi.

En fait, les donations ont de nombreux ennemis dont les chartes elles-mêmes vont nous donner la liste.

Contre elles sont ligüés les héritiers. Ils n'ont jamais vu d'un très bon œil des libéralités qui diminuent un patrimoine sur lequel ils s'étaient habitués à compter. Mais, dans ces siècles encore tout imprégnés des souvenirs de la copropriété familiale, ils ne se faisaient pas toujours assez scrupule de reprendre par la violence ou par la ruse les biens donnés par leur auteur. Ainsi, on trouve en abondance dans les recueils du Midi des formules de ce genre : *sane si quis contra hanc donationem venire voluerit, aut nos aut heredes nostri*¹. *Si quis nos aut nostri parentes, hoc repetere voluerint*². Parfois l'usurpation des héritiers nous est attestée plus directement par leur repentir ou par les regrets de leurs descendants : « Quapropter noverint cuncti fideles, tam presentes quam futuri, quoniam ego, in Dei nomine, Teotardus clericus, Deum omnium conditorem mihi propitium fore desiderans, pro perpetratis delictis pluribus, *reddo* Deo et Cluniensi cœnobio... omnem relictam terram quam pater meus et mater mea, supradicto loco per descriptionem et cartam concesserunt; illam videlicet terram quam ego usque nunc injuste retinui³. — Volo ut borderia quam Folcaldus patrueilis meus dimisit S. Petro et ad remedium filii sui Galterii, tali scilicet ratione ut ipse Galterius iterum post mortem suam dimitteret S. Petro; quam convenientiam Galterius transgrediens, dedit osculo uxori suæ Eliancæ malo ordine et non recte; ipsam post mortem illius femine volo ut S. Petrus et monachi ejus in suum revocent dominium⁴.

Les donations ont encore à redouter les puissants du jour. De là dans les donations des formules analogues à celles-ci : *de repetitione vero si quis imperator vel rex, aut dux, comes*

1. Cartulaire de Saint-Victor, n° 17, ann. 1005.

2. N° 28, ann. 840, n° 347, ann. 1060, n°s 169.738, 1006, 1042, etc. Cartulaire de Beaulieu, n°s 162.187. Dom Vaissette, *Histoire du Languedoc*, tome I, preuves, p. 32, etc.

3. Cartulaire de Chuny, tome III, ch. 2408, ann. 997.1030.

4. Cartulaire de Beaulieu en Limousin, ch. 98, ann. 1032-1060.

vel vicomes, abbas vel persona quælibet magna vel parva a casâ Dei abstrahere hæc supradicta voluerit ¹.

Dans d'autres chartes ce sont les mandataires naturels chargés précisément de défendre la donation, par exemple les évêques et les abbés, dont le donateur redoute les abus de pouvoir et les usurpations : *placuit enim inserere, si ullus abbas aut ullus rector in præcariâ aut in beneficiis dederit, proprii heredes in suam revocent potestatem* ².

Il n'est pas jusqu'aux donateurs qui parfois ne reprennent d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre. M. Desjardins fait ingénieusement remarquer « que les enfants ne comprennent passans peine qu'un don, au moins quand il est fait par eux, soit une aliénation ; ils ont souvent l'envie et se croient le droit de le reprendre ; le même sentiment existe, sans se montrer aussi naïvement, chez les hommes faits ; il faut qu'il soit combattu par la réflexion, par le respect du droit d'autrui, pour qu'il ne s'empare point d'eux ; c'est assez dire qu'il avait de grandes chances pour triompher dans l'âme des barbares ³ ». Cette crainte d'un retour offensif de l'égoïsme et d'une reprise du bien donné se fait sentir dans une foule de chartes. On voit très bien que le donateur n'est pas sûr de la persistance de ses bonnes intentions et qu'il tient à se précautionner contre lui-même : *quod si ego ipse, quod futurum minime credimus*, répète-t-il avec une conviction dont il cherche à se pénétrer, *aut ullus ex heredibus meis contra hanc cessionem venire præsumperit* ⁴.

Pour assurer le respect de leurs libéralités les donateurs ont recours à toute une série d'expédients et font appel, tour à tour, à la conscience et à l'intérêt de ceux qui pourraient être tentés de s'emparer indûment des objets donnés.

De terribles malédictions sont prononcées contre ceux qui

1. Notice d'une donation faite au monastère de Saint-Antonin, en Rouergue, par le roi Pépin, ann. 767. Dom Vaissette, *Histoire générale du Languedoc*, tome I, preuves, p. 23. Charte d'une donation à la cathédrale d'Uzès en 823. Dom Vaissette, tome I, preuves, p. 62.

2. *Cartulaire de Beaulieu*, charte 162, ann. 887. *Cartulaire de Saint-Victor*, ch. 45, ann. 1005.

3. M. Albert Desjardins, Règle « donner et retenir ne vaut », loc. cit., p. 320.

4. *Cartulaire de Beaulieu*, ch. 172, ann. 861. Il est à remarquer que cette mention est une des plus fréquentes dans les chartes. *Cart. de Beaulieu*, ch. 162. *Cart. de Saint-Victor*, ch. 17.28.169.347.738.1042. *Cart. de Savigny*, ch., n° 5.

chercheraient à détruire l'effet de la donation. On peut en trouver le résumé dans l'introduction qui précède le cartulaire de Lérins : « L'auteur de la donation menace le violateur de la charte simplement de l'anathème ou des malédictions contenues dans l'ancien et le nouveau testament, des malédictions des douze apôtres, des douze martyrs, des douze confesseurs et des douze vierges, ou des peines éternelles en compagnie de Pilate et de Caïphe, de Judas, de Dathan et d'Abiron, de Gog et de Magog; dans une charte, il confie sa vengeance à Dieu, à sainte Marie, à saint Honorat, et à tous les saints de l'île de Lérins; dans une autre charte enfin la malédiction est absolument païenne : *perdat eum de populo rapidus vertex tartareusque Cheribdis* ¹.

Ces malédictions contenues dans le cartulaire de Lérins ne sont que la reproduction des formules alors en usage dans le midi et, on peut le dire, dans toute la Gaule. Nous choisirons, à titre d'exemple, quelques-unes des chartes où le donateur semble avoir, pour ainsi dire, condensé toutes les imprécations qu'il supposait capables de faire impression sur ses contemporains : *qui contra donationem istam ire*, dit une charte du cartulaire de Saint-Victor, *agere vel inquietare voluerit, prius iram Dei omnipotentis et omnium sanctorum incurrat, et induatur maledictionem sicut vestimentum et intret sicut aqua in viscera ejus, et sicut oleum in ossibus ejus, et absorbeat eum terra vivum sicut Datan et Abiron fecit, et subfochent eum omnes maledictiones que in veteri et in novo testamento scripta sunt* ². Et sit aliquis homo, porte une charte de donation à la cathédrale d'Uzès, *aliquod molimen aut insidias excitare voluerit extra limina sancta Dei ecclesiæ sit alienus atque extraneus, et corpus et sanguinem Domini nostri Jesu Christi non sit dignus accipere, et si receperit eum, veniat illi in opprobrium et improprium, et a trecenti et octo fratres qui fuerunt in Nicæno concilio fiat damnatus et excommunicatus, sicut Arius et alii heretici qui ecclesiam Dei scindere conati sunt; et insuper fiat anathema, maranata, quatenus omnes maledictiones veteris et novi Testamenti super eum redundant, et*

1. Cartulaire de Lérins. Introduction, p. XIX.

2. Cartulaire de Saint-Victor, ch. 169, ann. 1000.

in antea donatio ista firma et stabilis permaneat ¹. Peut-être ces malédictions accompagnées de menaces d'excommunication n'étaient-elles pas seulement un appel à la vengeance de Dieu, un suprême et dernier avertissement destiné à retenir ceux qui seraient tentés de s'emparer des biens donnés, mais faisaient-elles allusion à une véritable pénalité, à l'excommunication qui, d'après la loi civile elle-même, frappait les usurpateurs des biens donnés aux églises. La loi des Alamans contient, notamment, sur ce point une disposition qu'il paraît assez naturel de généraliser à cette époque : *et si aliqua persona, aut ipsa qui dedit, vel aliquis de heredibus ejus, postea ipsas res de ipsâ ecclesiâ abstrahere voluerit, Dei judicium incurrat et excommunicationem sanctæ Ecclesiæ et multam illam, quam charta continet, persolvat et illas res ex integro reddat et fredum in publico solvat, sicut lex habet* ².

Dans le même ordre d'idées que les malédictions, on peut indiquer encore les serments par lesquels les parties s'engagent à observer les clauses du contrat de donation : *omnia sicut superius scripta sunt, laudata et jurata fuerunt, jurante Beatrice comitissâ et jurante Emenindâ ejus filiâ et jurante R. duce Narbonæ, comite Tolosæ, marchione provinciæ et R. ejus filio jurante* ³.

Souvent le donateur fixe par avance une amende qui frapera ceux qui enfreindront sa volonté : *Et qui istam cartam irrupere voluerit centum libras auri et centum argenti componat* ⁴. *Insuper reddere cogatur libras auri V⁵ mille libras argenti optimi dinoscat se compositurum, etc.* ⁶.

Pour mieux assurer la répression de toute usurpation, le donateur a soin de faire bénéficier le fisc du produit de l'amende : *sed inferat ad fisco auri libras I⁷. Fisco auri libras quinque componat* ⁸, ou bien il associe dans le partage

1. Donation à la cathédrale d'Uzès, ann. 823. Dom Vaissette, tome I, preuves, p. 62.

2. *Lex Alamannorum*, tit. I, § II. Canciani, tome II, p. 323.

3. Donation par la comtesse Béatrice au comte de Toulouse, anno 1172, Dom Vaissette, tome III, preuves, p. 130.

4. Dom Vaissette, tome II, preuves, p. 312, anno 1081.

5. *Cart. de Saint-Victor*, ch. 17, anno 1005.

6. *Cart. de Saint-Victor*, ch. 1006, anno 1089.

7. Dom Vaissette, tome I, preuves, p. 32, anno 804.

8. *Cart. de Savigny*, ch. 5, anno 918.

de cette amende le fisc et celui qui intentera le procès en violation de la donation : *et insuper componat cui litem intulerit, una cum socio fisco, auri libras quinque, argenti pondum centum* ¹.

Parfois il donne à ses héritiers un droit de révocation dont ils useront si le but de la donation n'est pas fidèlement respecté : *placuit enim inserere, si ullus abbas aut ullus rector in precaria aut in beneficio dederit, proprii heredes in suam revocent potestatem* ².

En même temps, pour prendre ses sûretés contre la cupidité de ces mêmes héritiers, il les fait participer à l'acte de donation. On trouve parmi les témoins contresignant la donation les descendants, la femme ³, les frères ⁴, les sœurs ⁵, toute la parenté. Ainsi une donation de l'an 1089 en faveur du monastère de Saint-Victor est faite *cum consilio fratrum et omnium fidelium meorum* et on voit intervenir, lors de la signature, à côté du donateur *Constantinus rex et iudex : Georgia regina firmavit ; Marianus iudex et rex filius Constantini firmavit ; Zerchis frater iudicis firmavit*, etc. ⁶. Dans certaines formules, les parents prennent même l'engagement formel de respecter toujours la donation : *Audi tu Fulco, nos filii Accelene, episcopus Pontius et Guilelmus et Aicardus fratres, et Gausfredus ipsam donationem que donas aut donaveris Sancto Victori monasterio... nos non auferemus, nec homo aut femina pro nostro consilio nec pro nostro consentimento et adjutores erimus tenere ad sanctum Petrum de Paradiso et ad sanctum Victorem, sine inganno. Si nos adjuvet et sancti sui* ⁷.

Enfin le donateur cherche à intéresser au maintien de la donation les puissants du jour. Il fait intervenir dans l'acte de donation les papes, les rois, les princes, les évêques, les seigneurs suzerains. De son côté, le donataire, à chaque changement de règne, a soin, quand il le peut, de faire confirmer par le nouveau roi et les donations émanées du prédécesseur

1. *Cart. de Beaulieu*, ch. 172, anno 861.

2. *Cart. de Beaulieu*, ch. 162, anno 887.

3. *Cart. de Beaulieu*, ch. 173, anno 881.

4. *Cart. de Beaulieu*, ch. 41, anno 1100.

5. *Cart. de Cluny*, tome III, p. 133, anno 992.

6. *Cart. de Saint-Victor*, ch. 1006, anno 1089.

7. *Cart. de Saint-Victor*, ch. 32, anno 1044.

et toutes les libéralités qu'il a reçues même des simples particuliers ¹, saisissant ainsi avec empressement l'occasion de mettre sous la protection du pouvoir ce qui lui a été donné.

Grâce à ces luttes incessantes des donateurs et des donataires contre les usurpations et les révocations, grâce à l'adoucissement des mœurs et, peut-être aussi, à l'influence du droit romain, qui se fait sentir à nouveau dans les pays de Droit Écrit, l'idée que les donations sont inviolables comme tout autre contrat finit par pénétrer les esprits. Ce mouvement de consolidation de la donation peut être considéré comme achevé dans les pays de Droit Écrit vers la première moitié du ^{xiii}^e siècle, car Durandi, si précis, si minutieux même dans ses recommandations n'insiste pas sur toutes ces précautions destinées à prévenir l'instabilité des donations; il donne toutefois encore la formule d'une donation avec stipulation de clause pénale : *quam donationem in perpetuum irrevocabiliter firmam habere et tenere per me et meos heredes tibi prædictis personis stipulanti promitto sub tantâ pœnâ in stipulatione solemni promissâ* ². A partir de cette époque nous voyons disparaître, dans les actes de donation ³, « les précautions imaginées contre l'usurpation et la fraude. A quoi bon insérer des malédictions et des peines pécuniaires dans les chartes? A quoi bon demander aux héritiers des donateurs ou au donateur lui-même une confirmation qu'il faut payer et qui paraît impliquer le droit de révocation? Le temps arrive où, par sa propre vertu, un principe de droit garantit suffisamment la propriété des particuliers et le respect des conventions ⁴ ».

§ II. — La théorie de l'irrévocabilité des donations dans les pays de Droit Écrit

Les clauses des contrats peuvent être ou naturelles ou essen-

1. *Quidquid aut regia conlatione, aut privatorum munera est legaliter adquisitum*. Recueil général des formules. De Rozière, formules CLVIII, CLI. *Confirmations*.

2. Durandi, *Speculum juris*, l. II, partic. II, tit. *de inst.* édit., § porro. « Le principe de l'irrévocabilité, dit M. Desjardins, est proclamé par tous ceux qui rédigent les antiques coutumes, par les divers auteurs des assises de Jérusalem, par les coutumiers anglo-normands; par Beaumanoir. » M. Desjardins, *Règle « donner et retenir ne vaut »* : *Revue de législation et de jurisprudence*, tome XXXIII, p. 333.

3. *Donatio facta de baroniâ Montis-Albani*, anno 1284; de Valbonays, *Histoire du Dauphiné*, tome II, preuves, p. 418, ch. 422.

4. M. Desjardins, *loc cit.*, p. 333.

tielles. Les clauses naturelles sont celles que les parties sont censées avoir adoptées à moins d'une disposition contraire. Les clauses essentielles sont celles auxquelles les parties ne peuvent déroger ni explicitement ni implicitement. Au moment où la donation achève de se consolider définitivement, l'irrévocabilité n'est encore dans les pays de Droit Écrit, et même dans les pays coutumiers, qu'une clause naturelle à la donation. « Ainsi, dit M. Desjardins, à l'époque féodale, tous les écrivains constatent que la donation entre vifs, faite purement et simplement, est irrévocable; chez aucun d'eux cette irrévocabilité n'est présentée comme si essentielle qu'il ne soit permis d'y déroger; ils ne s'expliquent pas en général sur les clauses qui laisseraient la donation à la disposition du donateur; le seul qui en prévoit expressément une¹, la plus claire de toute, la déclare valable². » Cette remarque, que M. Desjardins appuie surtout sur l'analyse des auteurs coutumiers comme Beaumanoir, Bracton, Britton, est vraie également dans les pays de Droit Écrit : Durandi par exemple se borne à constater que la donation est irrévocable sans paraître attacher à cette irrévocabilité aucun caractère essentiel. Du reste on trouve, à cette époque, dans le midi, des chartes de donation où le donateur se réserve expressément, sinon un droit de révocation totale, au moins la faculté de disposer d'une grande partie des objets donnés : *Et insuper quod possim pro redemptione animæ meæ et parentum meorum legare et relinquere in pecunia tamen numerata quod mihi videbitur relinquendum, et quod possim remunerare illos qui mihi servierunt vel servient in futurum in pecunia tamen numerata, prout mihi videbitur faciendum. Et etiam retineo mihi, quod possim de prædictis a me tibi donatis vendere et distrahere pro solvendis debitis, forefactis et legatis parentum meorum in quibus sum obligata ex successione dictorum parentum meorum*³.

1. Il s'agit de l'abrégé du *livre des assises de la cour des Bourgeois* qui prévoit le don à *Rapeau* : « celui qui donne son héritage le peut donner à son rapeau. Rapeau vaut tant à dire que le don qu'il a fait, il le peut rappeler et recouvrer celui héritage toutes les fois que il vodra et par la court » (1^{re} partie, ch. 35, éd. Beugnot, tome II, p. 266).

2. M. Desjardins, *loc cit.*, p. 223.

3. *Donatio facta per Randonam D. Ronsolino filio suo de baronia Montis-Albani*, anno 1284. *Histoire du Dauphiné*, par de Valbonays, tome II, preuves, ch. 122, p. 118.

Mais à partir du xvi^e siècle les pays coutumiers et les pays de Droit Écrit adoptent sur l'irrévocabilité des donations une théorie différente.

Dans les pays coutumiers, à force sans doute d'insister sur la nécessité de l'irrévocabilité des donations, les jurisconsultes et les coutumes, plus pénétrés des idées de la copropriété familiale, cherchant à maintenir la profonde démarcation qui séparait la donation du testament dont la quotité disponible était plus réduite, accentuèrent l'idée de l'irrévocabilité. De naturelle qu'elle était déjà dans les donations, l'irrévocabilité devint essentielle. « L'irrévocabilité, dit Pothier, étant le caractère essentiel de la donation entre vifs, ce qui la distingue de la donation à cause de mort, tout ce qui blesse cette irrévocabilité, en laissant au donateur le pouvoir de détruire ou d'altérer l'effet de sa donation, la rend nulle ¹. »

On peut se rendre compte de la date approximative à laquelle s'achève cette transformation de l'idée d'irrévocabilité dans les pays coutumiers en comparant, dans plusieurs coutumes réformées au cours du xvi^e siècle, la première rédaction à la seconde. On remarque que le texte ancien se borne presque toujours à énoncer simplement la règle *donner et retenir ne vaut* ², ou tout au plus à la développer au point de vue de la nécessité du dessaisissement ³, tandis que le texte nouveau présente une sorte de commentaire de la maxime coutumière et insiste à la fois et sur la nécessité de la tradition et sur l'impossibilité de déroger à l'irrévocabilité ⁴. Il est donc permis de penser que la théorie coutumière qui fait de l'irrévocabilité une clause essentielle des donations s'est établie au xvi^e siècle, plus probablement dans la seconde moitié de ce siècle ⁵.

De cette théorie exagérée de l'irrévocabilité découlent les

1. Pothier, *Introduction au titre des Donations*, n° 18, éd. Bugnet, tome I, p. 355. Voir aussi *Traité des donations entre vifs*, n° 18, tome VIII, p. 355.

2. Paris, Ancienne coutume, art. 160. — Sens, Anc. coutume, art. 95. — Auxerre, Anc. cout., art. 108.

3. Orléans, Anc. cout., art. 222.

4. Nouvelle cout. Paris, 274. — Orléans, art. 283. — Sens, art. 105. Auxerre, art. 218.

5. « Sans prétendre, dit M. Desjardins à propos de la coutume de Paris, que l'irrévocabilité était inconnue avant 1580, il faut reconnaître que soit par l'effet des habitudes prises, soit sous l'empire de la science, l'importance s'en fit mieux sentir dans les soixante-dix ans qui séparèrent les deux rédactions. M. Desjardins, *loc. cit.*, p. 226.

conséquences suivantes, qui ne sont pas toujours unanimement admises par toutes les coutumes, mais qui tendent, de plus en plus, jusqu'à l'ordonnance de 1731, à devenir la règle générale :

1^o Nullité de la donation de biens à venir ; 2^o nullité de la donation universelle ; 3^o nullité, plus discutée, de la donation de biens présents et à venir. Nous avons eu déjà l'occasion d'étudier ces conséquences en énumérant les différents types de donations usités dans les seuls pays de Droit Écrit¹.

4^o Nullité de la donation où le donataire impose au donataire l'obligation de payer les dettes et charges de sa succession en tout ou en partie, ou d'autres dettes ou charges que celles qui existaient lors de la donation : « il n'y a rien de plus contraire, disait Ricard, à l'irrévocabilité et à la certitude nécessairement requises pour rendre une donation entre vifs valable, que la liberté donnée au donateur de pouvoir la réduire à néant par la création d'autant de dettes qu'il lui plaira ². »

5^o Nullité des donations où le donataire est chargé de payer les légitimes des enfants du donateur, au delà de ce dont il est tenu de droit, c'est-à-dire avant les legs ou les donations postérieures à la sienne. Il dépendrait sans cela du donateur, en faisant de nouvelles libéralités, de rendre la première donation inutile, puisque tout le poids de la légitime retomberait sur elle.

6^o Nullité partielle de la donation dans laquelle le donateur s'est réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés. La donation est nulle dans la mesure de cet objet ou de cette somme réservée, qui, même au cas où le donateur viendrait à décéder sans en avoir disposé, appartiendront à ses héritiers et non au donataire.

7^o Nullité de la donation d'une somme à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès.

8^o Nullité, en résumé, de toutes les donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et par là il faut entendre non seulement la condition

1. 2^e part. ch. II, sect. III, p. 181.

2. Ricard, tome I, 1^{re} part., ch. IV, n. 1028.

purement potestative, *si voluero*, qui annule tout contrat, mais même la condition potestative.

La théorie de l'irrévocabilité n'eut jamais, dans les pays de Droit Écrit, cette rigidité inflexible. Sans doute les auteurs du midi furent amenés à proclamer, eux aussi, bien qu'avec moins d'énergie, que la donation est irrévocable : « le donataire, dit d'Espeisses, a droit de jouir de la chose qui lui a été donnée entre vifs, même contre la volonté du donateur, *car la donation entre vifs est irrévocable* ¹ ». Mais les conséquences de l'irrévocabilité ne furent pas déduites avec la même rigueur. Ainsi nous avons établi que la donation de biens à venir était permise ², que la donation universelle était possible du moment où le droit de tester du donateur se trouvait réservé même dans les plus faibles limites ³.

Nous pouvons ajouter que le donataire pouvait être chargé de payer les dettes que le donateur se trouvait devoir lors de son décès. Cette difficulté, dit Furgole, « serait nulle dans les pays de Droit Écrit, où l'on n'a pas reçu la maxime donner et retenir, on déciderait pour la validité de la donation ⁴ ». Il semble bien toutefois que la donation ainsi validée était plutôt considérée comme une donation à cause de mort. De la Rocheffavin rapporte un arrêt rendu par le parlement de Toulouse en juillet 1594, qui décida qu'une donation de tous les biens à la charge de payer toutes les dettes ne devait pas être considérée comme une donation entre vifs, mais comme une disposition de dernière volonté ⁵.

De même le donataire pouvait être obligé au paiement des légitimes ⁶. Le donateur pouvait lui imposer d'acquitter les legs qu'il laisserait dans son testament : « on n'y faisait aucune difficulté, dit Furgole, dans les pays où le droit romain sert de loi ⁷ ». Enfin, dans le cas où le donateur s'était réservé la liberté de disposer d'un bien compris dans la donation, s'il n'usait pas de cette faculté avant son décès, le bien,

1. D'Espeisses, tome I, part. I, tit. 14, sect. III, § 12. Fromental, v^o; *Donation*, p. 207.

2. Ch. II, sect. III, § 2, p. 181.

3. Ch. II, sect. III, § 2, p. 185.

4. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, sur l'art. 16.

5. De la Rocheffavin, *Des droits seigneuriaux*, tit. 38, art. 6.

6. De Catellan, *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, p. 288.

7. Furgole, *loc. cit.*

en cas de convention expresse, devenait la propriété du donataire ¹.

En un mot, on peut dire que, dans les pays de Droit Écrit, l'irrévocabilité continua à n'être qu'une clause naturelle à la donation, alors que, dans les pays de coutume, elle était devenue une règle essentielle. Si l'on cherche la raison de cette différence, on ne peut la trouver dans le seul besoin de réagir contre l'instabilité première des donations, car nous croyons avoir démontré que les donations eurent dans le midi à subir les mêmes attaques que dans le nord. Il faut ajouter que cette réaction rencontra, dans les pays de coutumes, un terrain plus favorable à ses développements par suite des vieilles idées de copropriété familiale qui y étaient restées plus vivaces : le rigorisme apporté par les coutumes dans l'irrévocabilité des donations était la manifestation du même sentiment qui inspirait la réserve dans les testaments : le désir de restreindre, dans la mesure du possible, les libéralités. En forçant le donateur à renoncer à tout esprit de retour sur la chose donnée, les coutumes escomptaient cette espèce d'effroi qui fait hésiter la nature humaine en face de l'irréparable. On comprend, au contraire, que, dans les pays de Droit Écrit habitués à la pratique de la liberté testamentaire², le besoin de restreindre les donations entre vifs ne se soit pas fait sentir au même degré.

On doit aussi tenir compte dans une certaine mesure de ce fait que, dans les pays de Droit Écrit, la légitime sauvegardait les intérêts de la famille dans la donation aussi bien que dans le testament, tandis que la réserve coutumière ne s'exerçait que contre les testaments. D'où la nécessité, dans les pays de coutumes, de mettre un frein aux donations entre vifs, mais la donation entre vifs étant considérée comme un contrat de droit des gens, les jurisconsultes n'osèrent sans doute pas, pendant longtemps ³, la restreindre directement et préférèrent l'atteindre par la voie détournée de la règle *donner et retenir ne vaut*. « Comme il est permis, dit Fer-

1. Furgole, *loc. cit.*

2. Bien entendu en respectant la légitime.

3. A partir du xvi^e siècle, l'influence du droit romain introduisit dans les coutumes la légitime concomitamment avec la réserve.

rières ¹, dans les pays coutumiers, de disposer de tous ses biens par donation entre vifs, sans distinction des propres et des acquêts, mais que la faculté de disposer des biens par dernière volonté est restreinte et bornée par les coutumes, quand on voudrait dépouiller ses héritiers de tous ses biens, on choisirait cette voie, par laquelle on éluderait la disposition de la coutume, sans que les donateurs en reçussent aucune incommodité... C'est pour remédier à cet abus qu'on a introduit la nécessité de la tradition et la maxime *donner et retenir ne vaut* ».

Nous avons déjà indiqué que la question de l'irrévocabilité fut l'occasion d'un véritable triomphe pour les idées coutumières dans l'ordonnance de 1731 : la théorie qui faisait de l'irrévocabilité une clause essentielle de la donation entre vifs passa tout entière avec ces conséquences dans le texte de l'ordonnance (art. XV et XVI). L'ordonnance écarte même les quelques tempéraments que proposait Ricard ², maintien de la donation de biens présents et à venir, pour les biens présents, quand le donateur avait manifesté l'intention qu'on divisât sa libéralité pour lui faire produire un effet, validité de la donation avec charge d'exécuter les legs, quand les dispositions du testateur étaient conformes à sa condition sociale.

La résistance se produisit seulement dans les pays de Droit Écrit sur la question de la validité des donations de biens à venir ³. Il ne semble pas que la thèse plus générale dont dépendait cette validité, c'est-à-dire la question même de savoir si l'irrévocabilité était de l'essence ou de la nature de la donation, ait été agitée. Les parlements du midi ne défendaient plus que la pratique des pays de Droit Écrit et la théorie coutumière semblait tellement incontestable que d'Aguesseau pouvait écrire que le droit romain et le droit coutumier « s'accordent parfaitement en ce qui concerne l'irrévocabilité ⁴ ». La victoire de l'influence coutumière était d'ailleurs

1. Ferrières, sur l'art. 273 de la coutume de Paris, n. 8, cité par Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, com. sur l'art. 18.

2. Ricard, 1^{re} partie, ch. iv, sect. II, n. 1024.

3. Voir pour plus de détails sur cette résistance ce que nous avons dit à propos des donations de biens à venir, ch. II, sect. III, § II, p. 187.

4. D'Aguesseau, lettre du 25 juin 1731 au parlement de Bordeaux. *Œuvres de d'Aguesseau*, éd. Pardessus, tome XII, p. 315.

bien définitive ; le Code Civil, à son tour, a adopté les mêmes conclusions ¹, avec une seule atténuation : la division de la donation de biens présents et à venir et sa validité pour les biens présents ². Ainsi peut seulement s'expliquer, par une lente déviation historique, cette théorie, extraordinaire dans les contrats, qui fait de l'irrévocabilité dans la donation une clause essentielle, une sorte de condition d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent déroger.

SECTION II

Des cas de révocation légale des donations entre vifs.

Nous préférons ranger sous ce titre, et non sous celui d'exception à la règle de l'irrévocabilité, les diverses causes, ingratitude, inexécution des charges, survenance d'enfants, droit de retour, qui peuvent donner lieu à la révocation dans les pays de Droit Écrit.

En effet, même si on prend l'irrévocabilité dans le sens le plus strict, dans le sens que lui donnent les pays coutumiers, on ne peut considérer ces cas de révocation comme faisant échec à la maxime *donner et retenir ne vaut*. Cette maxime n'a jamais entendu interdire que les donations « faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur ³ ». Or aucune des causes de révocation que nous venons d'énumérer ne répond à cette définition, toutes sont indépendantes de la volonté du donateur.

Ce qui caractérise, au contraire, plus spécialement ces causes de révocation, c'est ce fait qu'elles existent indépendamment de toute stipulation dans le contrat de donation, en vertu même d'une présomption légale.

§ 1. — Révocation pour ingratitude

On sait que le droit romain avait déjà organisé la révocation des donations pour ingratitude. Permise d'abord par l'empereur Philippe au profit du patron, à l'égard de l'affran-

1. Code Civil, articles 943, 944, 945, 946.

2. Code Civil, art. 943-2°.

3. Ce sont les termes mêmes de l'ordonnance de 1731, art. 16.

chi ingrat, sans cause limitée et sans contrôle judiciaire ; admise successivement en faveur du père et de la mère, non remariée et de mœurs honnêtes, puis en faveur de tous les ascendants à charge d'être prouvée en justice et pour des causes légales, elle fut étendue par Justinien à tous les donateurs pour des causes spécialement énumérées par la loi : si le donataire s'était rendu coupable envers le donateur d'injures graves, s'il avait porté la main sur lui, s'il lui avait fait éprouver, par suite de ses intrigues, une lourde perte dans ses biens, s'il avait mis sa vie en danger, s'il avait refusé de remplir les charges de la donation ¹. La révocation pour ingratitude ne portait aucune atteinte aux droits réels consentis par le donataire depuis la donation ; en outre, le droit de révocation était attaché à la personne du donateur ; il ne passait à ses héritiers que s'il décédait après avoir intenté l'action en révocation. De même celle-ci ne pouvait être exercée que contre le donataire pour un fait d'ingratitude personnel.

La révocation pour ingratitude passa dans les lois romaines des Wisigoths et des Burgondes telle qu'elle était organisée dans le Code Théodosien ². Mais lors de la renaissance du droit romain, la législation de Justinien sur l'ingratitude se répandit très rapidement dans les pays de Droit Écrit. Dès le milieu du ^{xiii}^e siècle, on trouve dans Durandi le droit de révocation accordé à tout donateur pour les causes mêmes qu'énumérait la constitution de Justinien : *item si quis petit revocari donationem, quam fecit, propter ingratitudinem, sic libellus concipietur... conqueror de P. cui res tales donavi : ipse vero immemor ac ingratus accepti beneficii in me impius manus injecit vel atroces injurias, vel grave damnum rerum mearum intulit, vel vite periculum inferre præsumpsit; unde res collatas ab eo, ut ab ingrato, revoco et eas mihi reddi peto, et ad hoc per vos ipsum cogi et sententialiter condemnari* ³.

1. 10. C. de revocandis donationibus. 8. 56.

2. La *lex Romana Wisigothorum*, éd. d'Hænel, lib. VIII, tit. VI, donnait le droit de révocation à tous les ascendants. La *lex romana Burgundiorum* en était restée au droit de révocation du père et de la mère. Papianus, lib. I, tit. I. Pertz, *Legum*, tome III, p. 596.

3. Durandi, *Speculum Juris*, l. 4, part. 3, tit. De donationibus, p. 157.

Depuis lors on peut dire que la révocation pour ingratitude resta soumise, dans les pays de Droit Écrit, aux principes posés par Justinien. Ainsi : 1^o les cas d'ingratitude étaient les mêmes. Nous insisterons tout à l'heure particulièrement sur un de ces cas, l'inexécution des charges de la donation. Toutefois, la jurisprudence était disposée à étendre par analogie les causes d'ingratitude. On rangeait par exemple, dans ces causes, le fait par le donataire d'intenter une action criminelle contre le donateur, s'il ne renonçait pas à son accusation avant la sentence ¹, le refus de fournir des aliments au donateur indigent ², certains auteurs proposaient même d'appliquer à la révocation pour ingratitude les causes d'exhérédation ³. Les ordonnances avaient ajouté un nouveau cas d'ingratitude qui frappait les enfants qui se mariaient sans avoir obtenu le consentement de leurs parents ou, s'ils avaient plus de 30 ans pour les hommes ou plus de 25 ans pour les filles, sans avoir au moins requis leur avis ⁴. Le texte des ordonnances prononçait même la révocation de plein droit par le seul fait du mariage ⁵. Mais la jurisprudence subordonnait la révocation à l'exercice de l'action par les ascendants.

2^o En principe, toutes les donations pouvaient être révoquées pour ingratitude. Toutefois la jurisprudence et les auteurs de Droit Écrit étaient divisés sur la question de savoir s'il fallait soumettre à la révocation les donations faites en faveur du mariage : « il n'est pas juste, disait-on, que, par la faute d'autrui, la femme qui a contracté sous cette loi se trouve déçue en traité si saint et si religieux et que le crime du père soit imputé aux enfants qui n'y ont point contribué⁶ ». Le parlement de Bordeaux se prononçait pour la négative ⁷, le parlement de Toulouse pour l'affirmative, pour la révocation ⁸. La difficulté était encore plus délicate pour la dot :

1. De Catellan, l. 5, ch. 54.

2. De Cambolas, l. 4, ch. 36. Le Code Civil a consacré ce cas d'ingratitude, art. 955.

3. Fromental, *v^o Donation*, p. 211.

4. Ord. de février 1556, décl. de nov. 1639. Edit. de mars 1697.

5. Décl. de 1639 et éd. de 1697.

6. D'Olive, l. 4, ch. v.

7. Arrêts du 8 février 1574, 8 juin 1598. Beaune, *des Contrats*, p. 102, note 4.

8. Toulouse : arrêts de février 1628, juillet 1630, mars 1637 ; d'Olive, *loc. cit.* : de Cambolas, liv. 5, ch. 48. On sait que le Code Civil a adopté la négative (art. 959) ce qui est d'autant plus remarquable que le parlement de Paris était partisan de l'affirmative (arrêts de 1697, 1728, 1755. Denisart, *v^o Révocation de donation*).

d'Olive et de Cambolas semblaient incliner à maintenir la dot malgré l'ingratitude de la femme à qui elle avait été constituée ¹; Furgole au contraire n'hésitait point à la considérer comme soumise à la révocation, en réservant bien entendu les droits acquis au mari par la coutume ou le contrat de mariage ².

3° La révocation n'avait pas lieu de plein droit. Le donateur était obligé d'intenter une action devant les tribunaux et de faire la preuve des faits d'ingratitude qu'il articulait. Les auteurs hésitaient beaucoup sur la durée de cette action et, pour ne parler que des jurisconsultes des pays de Droit Écrit, Furgole pensait qu'elle se prescrivait seulement par 30 ans, comme toutes les autres actions personnelles ³. Maynard et d'Espeisses enseignaient que l'action en révocation se conserve pendant 30 ans, quand l'ingratitude procède de quelqu'injure corporelle, qu'elle s'éteint par la prescription annale si elle provient d'injures verbales ⁴.

4° Le droit de révocation était personnel. Les héritiers du donateur ne pouvaient demander la révocation de la donation si leur auteur avait gardé le silence pendant sa vie, et, de même, le décès du donataire ingrat empêchait toute action contre ses héritiers. Il semble bien ici encore que la théorie des pays de Droit Écrit était un peu plus large que celle du droit romain : la loi 10. C. 8. 56 défendait aux héritiers du donateur de commencer la plainte d'ingratitude, *hujusmodi querimoniarum primordium instituere*, ce qui, en réalité, paraît leur interdire le droit d'intenter le procès en révocation; or, les jurisconsultes des pays de Droit Écrit se contentaient d'une plainte du donateur dans son testament ⁵, d'une protestation extrajudiciaire contre l'ingratitude ⁶ et même de l'ignorance du donateur ⁷, pour autoriser l'action des héritiers.

Dans le dernier état du droit, le donateur ne pouvait re-

1. D'Olive, l. 4. C. 5.

2. Furgole, *Des testaments*, ch. xi, sect. I, n° 109.

3. Furgole, *loc. cit.*, n° 174. 175.

4. Maynard, liv. 8, ch. 9; d'Espeisses, tome I, tit. 14, *Des donations*, sect. IV, p. 455.

5. Furgole, *loc. cit.*, n° 146.

6. Guido Papa, quest. 214.

7. Ferrerius, sur la quest. 214.

noncer par avance à son droit de révocation¹. Il semble bien qu'il n'en avait pas toujours été ainsi, car Durandi donne le texte d'une clause par laquelle le donateur s'interdit de révoquer : *vel in vitâ, vel in morte, neque occasione ingrati-tudinis neque supervenientium liberorum*².

§^o Enfin la révocation pour ingratitude n'avait pas d'effet contre les tiers, elle laissait subsister les droits réels consentis par le donataire sur le bien donné. Furgole explique ainsi les motifs de cette différence entre la révocation pour ingratitude et la révocation pour survenance d'enfants : « Ceux qui contractent avec le donateur peuvent et doivent naturellement prévoir la survenance des enfants, mais ils ne doivent pas prévoir le cas d'ingratitude, parce que c'est une espèce de chose odieuse dont on ne doit pas penser que le donataire soit capable³. »

Il est à remarquer que dans toute cette matière de la révocation pour ingratitude il n'y a pas de différence importante à signaler entre les pays de Droit Écrit et les pays coutumiers. Cela tient, sans doute, à ce que la théorie de la révocation pour ingratitude a été empruntée tout entière au droit romain. Aussi l'ordonnance de 1731 ne contient-elle aucun article sur la révocation pour ingratitude. Le Code Civil a suivi lui aussi, en général, les règles du droit de Justinien en se bornant à trancher les questions discutées dans l'ancien droit. La plus importante innovation qu'il ait faite a été de distinguer la révocation pour ingratitude de la révocation pour inexécution des charges⁴.

§ II. — Révocation pour inexécution des charges.

Les pays de Droit Écrit adoptant la confusion regrettable faite par Justinien rangeaient l'inexécution des charges parmi les cas d'ingratitude. Et pourtant, entre le donataire ingrat qui cherche à tuer le donateur, qui l'injurie, qui le frappe ou

1. Fromental, v^o *Donations*, p. 211.

2. Durandi, *Speculum*, livre II, part. II, de *instrum.*, edit. 2 porro, p. 148.

3. Furgole, *Des testaments*, ch. XI, sect. I, n^o 156.

4. Le Code a maintenu comme cause de révocation pour ingratitude l'attentat à la vie du donateur, les coups sous le nom de sévices, les injures graves; la perte occasionnée à la fortune du donateur n'est une cause de révocation que si elle rentre dans une nouvelle cause, les délits. Conformément à la doctrine de l'ancien droit, le Code a ajouté à ces cas d'ingratitude le refus des aliments (art. 955 C. C.).

le lèse gravement dans sa fortune, et le donataire qui, par indolence ou par impossibilité, n'exécute pas le *modus* imposé à la donation, il y a toute la différence qui sépare le débiteur insolvable du criminel.

Aussi plusieurs jurisconsultes de l'ancien droit avaient-ils été obligés, par la force même des choses, d'établir de grandes différences entre l'inexécution des conditions et les autres cas d'ingratitude.

Nous avons dit que l'action en révocation pour ingratitude dans les cas ordinaires est attachée à la personne du donateur et du donataire. Au contraire, Ferrières et le président Fabre considéraient que l'action en révocation pour inexécution des charges passait aux héritiers du donateur, même lorsque celui-ci n'avait de son vivant formulé aucune plainte contre cette inexécution¹. Furgole distinguait, si la charge concernait personnellement le donateur, ou si ses héritiers étaient intéressés à son exécution; dans le second cas, il leur permettait d'intenter, de leur chef, l'action en révocation; il admettait que la révocation pouvait être demandée contre les héritiers du donataire « s'il s'agissait d'une charge qui eût trait de temps et qui dût être exécutée par eux² ».

De même l'action en révocation pour ingratitude n'avait aucune influence sur les droits réels consentis par le donataire. Cependant Furgole estimait que l'inexécution des charges faisait naître une action mixte, c'est-à-dire une action personnelle et réelle contre le donataire et ses héritiers qui devaient accomplir les charges, et une action réelle contre l'acquéreur à moins qu'il ne voulût lui-même accomplir la charge, « parce que la stipulation de la charge *in traditione rei* affecte incontestablement la chose et la suit en quelque main qu'elle passe et que le contrat renferme cette condition implicite que, si la charge n'est pas exécutée, le donateur pourra rentrer dans ses biens en vertu de la convention³ ».

Enfin, tandis qu'on discutait sur la prescription plus ou moins courte de l'action en révocation pour ingratitude, la

1. Ferrerius, sur Guido Papa, *Decisiones*, quest. 214. *Codex Fabrianus*, liv. 8, tit. 38, def. 14.

2. Furgole, *Des testaments*, ch. xi, sect 1, § 149. 150.

3. Furgole, *Des testaments*, ch. xi, sect. 1, § 142. Maynard, liv. 4, ch. 9.

durée de l'action en révocation pour inexécution des charges était sans difficulté fixée à 30 ans¹.

Ces différences entre les effets de l'inexécution des charges et les autres cas d'ingratitude, bien qu'elles fussent encore discutées, sont intéressantes à noter parce qu'on y voit l'origine des règles spéciales que le Code Civil a adoptées sur la révocation des donations pour inexécution des conditions: d'une part, l'article 954 a consacré formellement l'effet résolutoire de la révocation à l'égard des droits réels consentis à des tiers par le donataire, d'autre part l'article 957, en établissant spécialement pour la révocation pour ingratitude une prescription courte d'un an et en affirmant le caractère personnel de cette action, a gardé le silence sur la révocation pour inexécution des conditions, c'est donc que celle-ci reste soumise au droit commun, qu'elle ne se prescrit que par trente ans, et qu'elle peut être exercée soit par les héritiers du donateur, soit contre les héritiers du donataire².

L'ancien droit discutait beaucoup la question de savoir si le donateur, au lieu de demander la révocation de la donation pour inexécution des conditions, peut exiger du donataire l'exécution même des charges, ou si ce donataire n'a pas toujours la faculté de se soustraire aux charges en délaissant le bien donné? La question est encore d'actualité puisque le Code ne l'a pas résolue par un texte.

Les deux opinions invoquaient des arguments sérieux³.

On disait, pour repousser le droit de délaissement du donataire, que la donation avec charge est « moins une donation qu'un contrat dont la nature est d'obliger et d'obliger réciproquement de part et d'autre, sans que de nulle part on puisse opposer la lésion hors des cas établis par les lois pour venir contre les contrats⁴ ». S'il est vrai que le donateur a le droit de demander la résolution de la donation, il n'en suit nullement que le donataire reprenne la liberté de se dégager de l'obligation qu'il a contractée. On se couvrirait de

1. Furgole, *loc. cit.*, § 172.

2. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, tome III, § 602. 592.

3. Furgole, *Quest. remarquables sur la matière des donations*, quest. VIII, § 16 et s., donne le développement complet des arguments des deux opinions.

4. De Catellan, *Arrêts remarquables du parlement de Toulouse*, liv. V, ch. 24, p. 258; Fabre *Codex*, lib. 8, tit. 37, déf. 4.

l'autorité du droit romain qui n'hésitait pas à reconnaître au donateur le droit d'exiger l'exécution des charges qu'il avait imposées au donataire : *legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto judicio, id est prescriptis verbis, apud præsidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat* (9. C. de donationibus. 8. 54)¹.

Les jurisconsultes, qui permettaient au donataire de renoncer à la donation pour se libérer des charges, répondaient que la donation, quoique faite sous certaines charges, ne perd pas sa qualité pour devenir un contrat innommé. C'est bien une donation, avec cette seule différence qu'elle est appelée *sub modo* dans les textes du Code. Par conséquent, ce sont les règles propres aux véritables donations, non aux contrats innommés qu'il faut lui appliquer. Or la nature de la donation est de gratifier le donataire et ce serait changer son objet principal que de l'exposer à subir des pertes en lui refusant la faculté de renoncer à la donation. D'ailleurs, si les charges absorbaient la valeur des biens donnés le donataire se trouverait par là même évincé en quelque sorte de ces biens. Il serait donc tout aussi injuste de le contraindre à remplir ces charges sur son patrimoine personnel « que d'obliger un acheteur à payer le prix de son achat après avoir été évincé des biens à lui vendus ² ». Quant aux textes de droit romain qui donnent au donateur une action *ex stipulatu* ou *prescriptis verbis* pour obliger le donataire à accomplir les charges de la donation, ce n'est qu'autant que le donataire retient les biens donnés, mais ces textes ne décident pas que le donataire nedoit pas avoir la liberté de se dégager en répudiant.

La question d'ailleurs était fort délicate, puisque le parlement de Toulouse avait varié en sa jurisprudence et adopté successivement les deux opinions. De Catellan rapporte un arrêt du 22 avril 1678 qui refusa au donataire le droit de répudier la donation et l'obligea à exécuter les conditions « quoiqu'elles lui fussent onéreuses dans la suite et qu'elles

1. De Catellan, *loc. cit.*, p. 259. Voir aussi loi 3. Code: de *contrahendâ emptione*. 4. 38.

2. Furgole, *loc. cit.*, quest. VIII, n° 48.

excédassent la valeur de la chose donnée¹ ». Furgole cite au contraire un arrêt du 10 septembre 1722, qui considère comme valable la renonciation d'un donataire bien qu'il se fût chargé de payer certaines dettes. « Depuis, ajoute Furgole, on ne doute plus au parlement de Toulouse que la répudiation ne soit recevable, quoique le donataire se soit soumis expressément à certaines charges en faveur du donateur et des créanciers². »

La discussion qui s'était ainsi apaisée dans les pays de de Droit Écrit a malheureusement repris toute son actualité dans le Code Civil qui a négligé de trancher cette difficulté. La section de législation du Tribunat avait signalé à la section de législation du Conseil d'État cette lacune : « la question de savoir si une donation peut être abdiquée par le donataire, comment et dans quelles circonstances, question qui a toujours été un sujet de division d'opinions, paraît devoir être un des objets de la loi³. » La doctrine paraît plutôt fixée dans un sens opposé à la jurisprudence du parlement de Toulouse et refuse au donataire le droit de renonciation quand il y a des charges⁴.

§ III. — Révocation pour survenance d'enfant.

La révocation pour survenance d'enfant a la même origine historique que la révocation pour ingratitude : elle a pris naissance à Rome dans les rapports entre patron et affranchi. Le seul texte du droit romain qui nous soit parvenu sur cette matière, la célèbre loi *si unquam*, est en effet relative au patron et à l'affranchi : *si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus et postea suscepit liberos, totum quicquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatorio arbitrio ac ditione mansurum*⁵.

Ce document fixait trois points sur l'exercice de la révocation : le donateur ne devait pas avoir d'enfant lors de la

1. De Catellan, *loc. cit.*, p. 258.

2. Furgole, *loc. cit.*, quest. VIII, in fine.

3. Fenet, *Travaux préparatoires*, tome XII, p. 468.

4. Demolombe, *Traité des donations et des testaments*, tome III, n. 574. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, tome VII, § 706, p. 408, note 11.

5. 8. C. de *revocandis donationibus*. 8. 56.

donation, il lui en était né depuis, cette naissance faisait revenir définitivement en son pouvoir les biens donnés.

Mais en dehors de ces données certaines, tout restait incertitude sur la révocation pour survenance d'enfant. Était-ce une théorie générale applicable à toutes les donations et dont la loi *si unquam* ne contenait qu'une espèce ? Quels étaient les motifs de cette révocation ? Quels étaient ces effets ?

Les lois barbares n'apportèrent pas d'éclaircissement sur cette matière. Seule la loi des Lombards contenait une théorie toute particulière de la révocation pour survenance d'enfant¹. Au contraire, les glossateurs donnèrent libre carrière à leur esprit subtile dans la difficile matière de la loi *si unquam*. On nous permettra de laisser leurs systèmes théoriques de côté² pour essayer de rechercher quelles règles régissaient la révocation pour survenance d'enfant dans la jurisprudence et la pratique des pays de Droit Écrit. Sans cela, un in-folio ne suffirait point à épuiser la matière et nous serions forcés de reculer devant le travail, pris de cette lassitude qui saisissait, en pareille occasion, Tiraqueau lui-même : *pene hujus tractationis me cepit fastidium, quod ex eo pedem referre monet*³.

La pratique des pays de Droit Écrit avait résolu de bonne heure par l'affirmative, alors que les docteurs discutaient toujours, la question de savoir si la révocation pour survenance d'enfant devait être étendue, en dehors de l'espèce de la loi *si unquam*, aux donations faites par d'autres que par les patrons aux affranchis. Dès le milieu du xiii^e siècle, Durandi, qui, nous l'avons dit, faisait un livre de pratique,

1. La loi des Lombards, promulguée par Rotharisen 643, créait un droit de révocation pour survenance d'enfant spécial. La naissance d'un fils légitime révoquait, pour la totalité, la donation (loi 171 *in principio*). La naissance d'une fille ou d'un enfant naturel ne révoquait la donation que pour partie ; le donataire gardait ce qu'auraient eu les parents ou le fisc royal en concours avec la fille ou l'enfant naturel, c'est-à-dire 1/3 ou 1/6 suivant le nombre d'enfants (loi 171, *in fine*, 158-159) *Edictus Langobardorum, edictus Rothari*. Pertz, *Legum*, tome III, p. 41.

2. On trouvera un résumé des théories des glossateurs sur la révocation des donations par la loi *si unquam*, dans un article de M. Aubépin. *De l'influence de Du Moulin sur certains points du droit civil. Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome VII, p. 158. Paris, 1855, in-8. On peut voir aussi sur toutes ces difficultés. Tiraqueau, *Commentarius in legem si unquam*. Lyon, 1574, 1 vol. in fol.

3. Tiraqueau, *loc. cit.*, v^o *Revertatur*, n^o 266.

mentionnait la révocation pour survenance d'enfant au même titre que la révocation pour ingratitude : *potest et dici et promitto dictam donationem non revocari, vel in vita, vel in morte, neque occasione ingratitudinis, neque supervenientium liberorum* ¹. D'ailleurs, les chartes contenaient souvent cette clause expresse : *Hoc pacto et tali conditione adjecta, quod si ipsum Dom. Dalphinum decedere contigerit, filiis masculis ex legitimo matrimonio procreatis superstilibus, quod presens donatio resolvatur et pro nulla reputetur* ². Aussi, dès le xvi^e siècle, Tiraqueau, après avoir constaté que la restriction de la loi *si unquam* aux seuls rapports entre patron et affranchi était peut-être plus juridique, ajoute : *at alia opinio humanior est et receptior... et eam practica et usus ita mordicus retentat ut ab eius faucibus eruere nemo queat* ³.

La jurisprudence s'était fixée dans ce sens : « C'est une jurisprudence universellement reçue dans toute la France, dit de Catellan, que les donations sont révoquées s'il survient des enfants au donateur. La décision est expresse dans la loi *si unquam*. L'espèce de cette loi est, à la vérité, dans le cas d'une donation faite par un patron à ses affranchis ; mais la raison qui en a été le motif, prise de l'affection paternelle et de la volonté présumée du donateur, en a fait une décision générale qui comprend indifféremment toute sorte de donations ⁴. » Nous n'insisterons donc pas davantage sur ce que Ricard appelle « une dispute plus curieuse que profitable ⁵ ».

Nous nous demanderons seulement à quelles donations s'applique dans les pays de Droit Écrit la révocation pour survenance d'enfant ? Dans quels cas se produit-elle ? Quels sont ses effets ? Peut-on y renoncer ?

1. Durandi, *Speculum juris*, l. 2. part. 2, de *instrum.* edit. 2 porro, tome I, p. 449.

2. Donations de 1315, de Valbonays, *Histoire du Dauphiné*, tome II, preuves p. 162, ch. 36. Donation de 1325. *Histoire du Dauphiné*, loc. cit., p. 203. ch. 20.

3. Tiraqueau, *C. in leg. si unquam*, v^o *Libertis*, n^o 74.

4. De Catellan, *Arrests remarquables*, tome II, l. 4, ch. 44. Arrêt du 8 avril 1664 Bordeaux, Arrêt du 28 avril 1597. Automne, *ad dict. leg. si unquam. Cod. de revocand. donat.* Maynard, *Questions notables*, l. 4, ch. 12, l. 9, ch. 8.

5. Ricard, *Des donations entre vifs*, tome I, 3^e partie, n^o 565.

Art. I. — A quelles donations s'applique, dans les pays de Droit Écrit, la révocation pour survenance d'enfant.

La révocation atteint en principe tout ce qui peut être considéré comme donation entre vifs ¹.

Elle s'exerce donc contre la donation indirecte aussi bien que contre la donation expresse. Le parlement de Toulouse révoqua pour survenance d'enfant une renonciation à un legs faite en faveur des pauvres de l'hôpital général de la ville, considérant que cette renonciation à un droit établi était une véritable donation.

Elle a lieu contre la donation pour cause pie ² : « Toutes donations, dira plus tard l'ordonnance de 1731, à quelque titre qu'elles aient été faites » (art. 39).

Elle produit son effet quel que soit l'objet de la donation, qu'elle soit de tous les biens, d'une quote-part, ou d'une chose particulière. La loi *si unquam* n'ayant parlé que des donations de tous les biens ou d'une partie des biens, *bona omnia vel partem aliquam facultatum*, les interprètes discutaient la question de savoir si la révocation pouvait être étendue à la donation d'un objet particulier. La jurisprudence du parlement de Toulouse était fixée dans le sens de l'affirmative ³. L'ordonnance de 1731 adopta cette jurisprudence (art. 39).

On exceptait seulement des effets de la révocation pour survenance d'enfants :

1° Les donations rémunératoires jusqu'à concurrence des services rendus ⁴. L'ordonnance de 1731 a abrogé formellement cette jurisprudence et soumis sans distinction à la révocation la donation rémunératoire (art. 39). Il est vrai que, si l'on s'en tient au commentaire de Furgole, on ne voit guère quelle différence sépare l'ordonnance de l'ancienne jurispru-

1. Furgole, *Ord. sur les donations*. Com. sur l'art. 39 De Catellan, *Arrests remarquables*, l. 4, ch. 41.

2. De Catellan, *loc. cit.*, l. 5, ch. 8.

3. Arr. du 8 avril 1664, de Catellan, *loc. cit.*, l. 4, ch. 41.

4. D'Olive, *Questions notables*, l. 4, ch. 7. Arr. du parlement de Provence du 9 février 1583. Ricard, *Traité des donations*, tome I, 3^e partie, ch. 5, n° 613. Maynard, *Notables questions de droit*, l. 4, ch. 12. Arr. du parlement de Bordeaux du 2 juin 1571. Automne rapporte un arrêt de Bordeaux de 1599 qui révoqua une donation pour « bienfaits et agréables services ». Automne, *ad dict leg. si unquam*, tome II, p. 457.

dence, puisqu'il propose d'excepter les donations qui sont réellement rémunératoires, quand les services sont de nature à ne point recevoir d'estimation, même si le donataire n'a pas d'action pour en demander la récompense ¹.

2° Les donations mutuelles, quand il y a égalité entre les biens donnés et que les donateurs sont à peu près du même âge ². Ici encore l'ordonnance de 1731 a résolu la question par un texte précis, en soumettant, dans tous les cas, la donation mutuelle à la révocation (art. 39).

3° Mais la question la plus importante, et la plus célèbre depuis le fameux procès de Du Moulin contre son frère, était celle de savoir *si la révocation pour survenance d'enfant s'appliquait aux donations faites en contrat de mariage*.

Quatre espèces de donations peuvent se concevoir dans un contrat de mariage. Du Moulin les résume ainsi : la donation est faite ou par un des futurs époux à l'autre, ou par un des futurs époux à un étranger, ou encore à l'un des futurs époux par un tiers tenu de l'obligation de doter, ou enfin à l'un des futurs époux par un étranger ³. Nous suivrons les distinctions de Du Moulin pour rechercher quelle était sur chacune de ces hypothèses la Jurisprudence des pays de Droit Écrit.

A.—*Donation d'un des futurs époux à l'autre*.—La glose apportait trois motifs pour soustraire ces donations à l'application de la loi *si unquam* : le donateur est censé avoir songé aux enfants qui naîtront du mariage, l'intérêt de ces enfants est toujours sauvegardé, la donation est onéreuse ⁴. Du Moulin, dont l'opinion est toujours intéressante à connaître par suite de son influence dans toute cette matière, même sur les pays de Droit Écrit, se montrait partisan de l'extension de la loi *si unquam* à la donation par contrat de mariage d'un des futurs époux à l'autre, en limitant toutefois cette extension au cas où la donation n'était pas onéreuse et

1. Furgole, *Ord. sur les donations*, sur l'art. 39.

2. De la Rouvière, *Traité de la Révocation des donations*, ch. 19. *Œuvres de Ricard*, tome I, *in fine*.

3. Du Moulin, *De donationibus in contractu matrimonii factis, quæstio juris*. n° 1. Du Moulin a consacré à cette question deux traités : *De donationibus in contractu matrimonii factis, quæstio juris*. — *Tractatus duo analytici : prior de donationibus factis vel confirmatis in contractu matrimonii*. Caroli Molinæi opera. Tomus tertius, p. 499. Paris, Girard, 1681, 5 vol. in folio.

4. Aubépin. *Influence de Du Moulin sur certains points du droit civil*. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1855, tome VII, p. 171.

où l'intérêt des enfants était en jeu : *æque cæteris paribus locum habet in donationibus factis in ipso contractu matrimonii, et ejus favore, etiam per sponsum futurum futuræ sponsæ, cæteris tamen paribus, id est quatenus donatio lucrativa est et de gravi filiorum præjudicio agitur*¹.

La doctrine et la jurisprudence de Droit Écrit étaient assez incertaines. Beaucoup de juristes, impressionnés par ce fait que le donateur avait très certainement pensé aux enfants qu'il pourrait avoir, « puisque la donation était faite en son contrat de mariage et que la fin du mariage est d'avoir des enfants² », refusaient dans ce cas d'appliquer la loi *si unquam*³. Furgole, bien qu'il n'admit pas la valeur de ce motif, reconnaissait néanmoins que la donation en contrat de mariage d'un des futurs époux à l'autre échappait à la révocation pour survenance d'enfants « parce que le bénéfice de cette donation doit revenir à ces enfants par la prévoyance de la loi⁴. » L'ordonnance de 1731 excepta complètement de l'exercice de la loi *si unquam* les donations faites en faveur du mariage par les conjoints (art. 39), ce qui « doit s'entendre, dit Furgole⁵, des donations faites par l'un des conjoints à l'autre en contrat de mariage seulement ».

B. — *Donation faite dans le contrat de mariage par l'un des futurs époux à un étranger.* — On retrouvait, dans ce cas, un des arguments qu'on faisait valoir pour excepter de la loi *si unquam* la donation d'un des futurs époux envers l'autre : très certainement le donateur avait dû songer aux enfants qui naîtraient du mariage ; puisqu'il avait persisté quand même dans son intention libérale, il était impossible de trouver dans

1. Du Moulin, *Tractatus de donat. factis vel confirmatis in contractu matrimonii. Opera*, tome III, p. 520.

2. D'Espeisses, tome I, part. 1, tit. 14, *Des donations*, sect. 4, p. 463.

3. De Ranchin, professeur à Montpellier, in *quæstione 145 Guidonis Papæ*: *quintimo neque hæc donatio facta favore matrimonii revocatur occasione supervenientium liberorum, quod procedit ubi quis donaret in contractu sui matrimonii, quia de liberis, ex eo matrimonio procreandis cogitasse certum est.* Bertrand de Rabot, conseiller au parlement de Grenoble : *eod. loco.* Fromental, *vº Donation*, p. 207. D'Espeisses, *loc. cit.* Dans le même sens le président Fabre qui, bien que n'appartenant pas à proprement parler aux pays de Droit Écrit, y est souvent invoqué. *Codex fabrianus*, lib. VIII, tit. 38, *de revoc. donat. definitio II*, Arrêt de 1591. Automne, *ad titulum de revoc. donat. ad legem si unquam.* Glose in marg., t. II, p. 455.

4. Furgole, *Ord. sur les donations*, Com. sur l'art. 39. Voir aussi questions remarquables, quest. 49, § 4.

5. Furgole, *loc. cit.*, sur l'art. 39.

sa donation une condition tacite de résolution pour le cas où il lui naîtrait un enfant.

Du Moulin repoussait ce motif d'exception en faisant remarquer que rien ne prouve que l'époux, ou surtout l'épouse, en faisant la donation ait songé à ses enfants à venir : *non obstat primum quia imo etiam nubens non videtur cogitare de liberis, nec sequitur quod in specie cogitaverit, et in dubio non præsumitur in eum casum donasse, nisi expressum sit. Et hoc habet locum in ipso matrimonium contrahente... præsertim in virgine non experta stimulos et adfectus filiorum* ¹.

Cette exception avait pourtant des partisans dans les pays de Droit Écrit. Ranchin, sur Guy Pape ², d'Espeisses ³ continuaient à considérer toute donation faite en contrat de mariage par un des futurs époux comme irrévocable.

Il résulte toutefois des explications de Furgole que le parlement de Toulouse admettait dans ce cas la révocation pour survenance d'enfants. « Selon la jurisprudence du parlement, dit-il, on n'examine point si le donateur a pensé ou non aux enfants qu'il pourrait avoir à l'avenir, comme il a été jugé par un arrêt rapporté par M. La Roche (lib. 2, v^o *Donation*, article 1^{er}), qui cassa une donation dans laquelle le donateur avait prévu la naissance des enfants, auxquels il avait réservé de prendre la légitime sur les biens donnés », on interprétait dans ce sens l'article 39 de l'ordonnance de 1731 ⁴.

C.—*Donation faite dans le contrat de mariage à l'un des futurs époux par une personne obligée de doter.*—On considérait généralement ⁵, dans les pays de Droit Écrit, que cette donation était onéreuse et par conséquent irrévocable pour survenance d'enfant.

Dans cette hypothèse, du Moulin se montrait encore partisan de l'application, dans une certaine mesure, de la loi *si*

1. Du Moulin, *Tractatus de donationibus factis vel confirmatis in contractu matrimonii. Opera*, tome III, p. 520.

2. Ranchin, sur Guido Papa, in quæst. 445.

3. D'Espeisses, tome I, part. I, tit. 44, sect. IV, n^o 8. Faber, *in suo codice*, lib. VIII, tit. 38, def. 2, n^o 4.

4. Furgole, *Ord. de Louis XV sur les donations*, sur l'art. 39. La Rocheffavin, *Arrests notables*, liv. II, tit. 7, art. 1.

5. Faber, *in suo codice*, lib. 8, tit. 38, def. 5, d'Espeisses, *loc. cit.*, n. 47. Arrêt du parlement de Bordeaux du 9 décembre 1604. Automne, *ad dict. leg. si unquam de revocandis donationibus*, tome II, p. 456.

unquam : « La donation dont il s'agit, disait-il, est en partie gratuite, en partie onéreuse : onéreuse dans la limite que la position du donateur, son rang, sa fortune fixent à son obligation, gratuite au-delà ¹. » Elle échappe à la loi *si unquam* dans la mesure où elle est onéreuse, elle lui est soumise dans la mesure où elle est excessive.

Au fond, dans toute cette discussion, il eût été beaucoup plus simple de faire remarquer que la donation faite en contrat de mariage par une personne obligée de doter échappe tout naturellement aux termes mêmes, et par conséquent à l'application de la loi *si unquam*, parce que le donateur, dans cette hypothèse, a des enfants au moment de la donation. La personne obligée de doter est, en effet, d'après les jurisconsultes et les arrêts, l'ascendant et précisément la personne qu'il dote est son descendant, vivant, puisqu'il se marie. Mais ni les anciens auteurs ni Du Moulin ne songèrent à invoquer cet argument péremptoire ².

Cette discussion était néanmoins intéressante à rappeler, car elle explique, croyons-nous, pourquoi les rédacteurs de l'ordonnance de 1731 se sont crus obligés d'affirmer par un texte, ce qui en réalité n'était pas une exception, que les donations faites en faveur du mariage par les ascendants ne sont pas sujettes à la révocation pour survenance d'enfant. Cette affirmation a eu pour but d'écarter les distinctions proposées par Du Moulin et de soustraire, en toute hypothèse, la donation de l'ascendant à la loi *si unquam*, qu'elle fût onéreuse ou lucrative.

Pothier donne une explication plus compliquée de la présence de ces mots *ou ascendants*, dans l'art. 39 de l'ordonnance : d'après lui, ces mots devraient s'entendre non des donations que les ascendants font aux conjoints, mais des donations que ces derniers font à leurs enfants à naître du mariage ³.

1. Aubépin, *loc. cit.*, p. 173. Du Moulin, *loc. cit.*, *opera*, tome III, page 522.

2. Il est juste toutefois de reconnaître que le frère et la sœur sont considérés comme tenus de doter leur sœur germaine ou consanguine (Guido Papa, question 96, n° 24. D'Espeisses, 4^{re} partie, tit. XV, *de la dot*, n° 8, p. 471). Dans ce cas, le donateur est bien une personne obligée de doter, mais n'est plus l'ascendant du donataire. Les distinctions de Du Moulin et des jurisconsultes pourraient s'appliquer à cette hypothèse.

3. Pothier, *Traité des donations entre vifs*, sect. III, § 153.

Le Code Civil a reproduit l'affirmation, bien inutile, de l'ordonnance, mais en changeant un peu les termes, sur la demande du Tribunal¹, pour écarter l'explication de Pothier : l'article 960 porte « les donations, même celles qui auraient été faites en faveur du mariage par autres que par les ascendants aux conjoints ou par les conjoints l'un à l'autre demeureront révoquées ».

D. — *Donation faite dans le contrat de mariage par un étranger à l'un des futurs époux.* — C'est l'hypothèse dont se sont surtout préoccupés les anciens jurisconsultes : *nunc superest*, dit Du Moulin, *ultimus articulus seu principalis casus nostræ quæstionis*².

On avait essayé d'abord de soutenir que ces donations, ayant eu lieu en considération du mariage, *ad sustinenda onera matrimonii*, étaient des libéralités *ob causam* au regard des époux, échappant par conséquent à la loi *si unquam* dans la mesure où elles étaient onéreuses³. On ajoutait que la révocation serait injuste pour ces époux qui, peut-être, s'ils n'avaient pas compté sur cette libéralité, n'auraient pas contracté mariage. Mais ces raisons avaient été vite réfutées. Il était facile, en effet, de faire remarquer que la donation d'un étranger en faveur d'un des futurs époux, si elle pouvait avoir un caractère onéreux à l'égard du donataire, était purement gratuite à l'égard du donateur ; que le donataire était mal venu à critiquer une révocation qu'il aurait dû prévoir⁴. Aussi, la jurisprudence du parlement de Toulouse se montra-t-elle de bonne heure favorable à l'application de la loi *si unquam* à cette hypothèse, comme le constate déjà un arrêt du parlement de Toulouse, du 13 mai 1528⁵.

C'est aussi dans ce sens que fut rendu, le 12 avril 1551, le célèbre arrêt qui termina le procès en révocation de donation intenté par Du Moulin à son frère Ferry⁶.

1. Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XII, p. 455.

2. Du Moulin, *de don. fact. vel confirm. in contractu matrimonii*, § 64, t. III, *opera*, p. 524.

3. Tiraqueau, *Com. in leg. si unquam*, v° *Donat. largitus*, n° 243.

4. *Codicis Fabriani* lib. VIII, tit. XXXVIII, def. II.

5. Maynard, *Notables et singulières questions de Droit Écrit*, liv. 4, ch. 12. Papon, *Arrêts notables*, liv. XI, tit. 1^{er}, *des donations*, arr. 22.

6. On peut consulter sur l'historique de ce procès Brodeau, *la vie de M. Charles du Moulin*, ch. 21. Caroli Molinæi, *Opera*, t. I, p. 17.

Bien que cet arrêt ait été rendu par le parlement de Paris, il n'est peut-être pas inutile d'en rappeler l'espèce, car il eut un grand retentissement dans toute la France, aussi bien dans les pays de Droit Écrit ¹ que dans les pays coutumiers.

Charles Du Moulin avait fait, en 1531, donation à son frère Ferry du Moulin de tous ses biens. Ce dernier s'étant marié en 1535 à Marguerite Maillard, et lui ayant constitué un douaire avec hypothèque sur tous ses biens, Charles Du Moulin intervint au contrat de mariage et confirma à nouveau sa donation. En 1538, Du Moulin se maria à son tour avec Anne de Beldon; trois enfants naquirent de cette union. En 1547, soit, comme le dit Brodeau « suivant le devoir et l'obligation naturelle d'un bon père ² », soit parce qu'il était mécontent ³ que Ferry eût refusé de contribuer au mariage de leur sœur Jeanne, comme il y était tenu en vertu de la donation, Du Moulin se pourvut, par lettre de chancellerie, en révocation de sa donation pour survenance d'enfant. Il poursuivit l'entérinement de ces lettres devant la Chambre des requêtes; mais, en 1549, il fut débouté de sa demande. Il interjeta alors appel devant le parlement.

En droit, deux questions étaient pendantes : la loi *si unquam* s'appliquait-elle aux donations faites en contrat de mariage? Quel était l'effet de la révocation qu'elle prononçait ⁴?

Nous ne retiendrons provisoirement que la première question. L'autre trouvera mieux sa place quand nous étudierons les effets de la révocation pour survenance d'enfant.

Du Moulin a résumé toute sa défense dans deux traités analytiques dédiés à Gilles le Maistre, premier président : *de donationibus factis vel confirmatis in contractu matrimonii*; *de inofficiosis testamentis, donationibus et dotibus*⁵. Nous avons déjà eu occasion de citer ses décisions dans les

1. Les juriconsultes de Droit Ecrit le citent au même titre que les arrêts des parlements du midi. Maynard l'appelle « l'arrêt célèbre et donné avec tant de connaissance par ce grand juriconsulte. » Du Moulin, *de l'autorité duquel nous nous sommes tant de fois servis*. (Maynard, l. IV, ch. 12; D'Olive, *Questions notables de droit*, l. IV, ch. vi, note 5. De Catellan, *Arrests remarquables*, l. IV, ch. 41, p. 100.

2. Brodeau, *Vie de du Moulin*, loc. cit.

3. Du Moulin, loc. cit., n° 86. Du Moulin avait accessoirement invoqué ce refus comme un cas d'ingratitude. Brodeau, loc. cit.

4. Aubépin, loc. cit., p. 170.

5. Caroli Molinæi, *Opera*, t. III, pp. 499, 528.

trois hypothèses que nous venons d'étudier à propos de la révocation des donations faites en contrat de mariage.

Dans la quatrième hypothèse, qui est l'espèce même du procès, quand il s'agit d'une donation faite par un étranger à l'un des époux, Du Moulin distingue deux cas :

*Primus quando donatio fit expresse in dotem vel donationem propter nuptias ipsius donatarii matrimonium contrahentis*¹. La donation est bien révoquée par la survenance d'un enfant au donateur, mais l'effet de la révocation ne se produit qu'à la dissolution du mariage : *statim quidem revocatur in habitu, sed non in effectu, quamdiu constat illud matrimonium*².

*Secundus quando donatio, neque in dotem fit, neque in donationem propter nuptias, sed pure, libere et simpliciter ipsis nubentibus*³. L'effet de la révocation est alors immédiat, *non est dubium, quin etiam pure, simpliciter et ex nunc sit locus legi si unquam*⁴.

L'arrêt qui intervint en 1531 donna gain de cause à Du Moulin et consacra l'extension de la révocation pour survenance d'enfant à la donation faite en contrat de mariage par un étranger non obligé à doter. On nous permettra de citer son dispositif dont les termes mêmes sont importants, parce que les parlements de Droit Écrit en ont tiré argument pour limiter les effets de la révocation : « La cour... a déclaré et déclare les dites renonciations et donations faites par le dit appelant au dit maistre Ferry son frère, mentionnées ès dites lettres et traité de mariage du dit M^e Ferry... avoir été et être révoquées et résolues par le moyen de la naissance des enfants naturels et légitimes du dit appelant, advenus depuis icelles renonciations et donations; a condamné et condamne le dit M^e Ferry laisser et souffrir jouir le dit appelant des dites choses ainsi à luy données, tout ainsi qu'il faisait auparavant icelles renonciations et donations, et luy en rendre et restituer les fruits par iceluy M^e Ferry pris et perçus depuis constestation de cause, sous l'estimation commune tels que

1. Du Moulin, *Tractatus de Don. fac. vel confirmatis in contractu matrimonii*, n° 64.

2. Id. n° 71.

3. Id., n° 64.

4. Id., n° 75.

de raison, sur iceux déduites les réparations utiles et nécessaires par luy faites es dites choses, à la charge de l'hypothèque du douaire préfix et constitué par le dit M^e Ferry par le traité de mariage à la dite feue Marguerite Maillard sa femme, pour, au cas que les biens dudit M^e Ferry ne seraient trouvés suffisants pour iceluy douaire et sauf au dit M^e Ferry, pour l'acquitter et rendre indemne d'icelluy douaire envers les enfants du dit M^e Ferry ¹.

La même jurisprudence fut adoptée par tous les parlements de Droit Écrit. Nous avons dit que c'était déjà la solution admise au parlement de Toulouse en 1528, d'autres arrêts furent rendus dans le même sens le 13 sept. 1564 ², le 12 sept. 1636 ³, le 8 avril 1664 ⁴. On trouve des décisions analogues au parlement de Bordeaux ⁵, au parlement d'Aix ⁶.

Il ne semble même pas que la jurisprudence des pays de Droit Écrit ait suivi Du Moulin dans les distinctions qu'il proposait de faire, au point de vue de l'effet plus ou moins immédiat de la révocation, entre les donations pour cause de dot et les autres donations simples. Un arrêt du parlement de Toulouse, du 23 janvier 1681, révoque purement et simplement pour survenance d'enfant une dot constituée à une fille qui se mariait par un homme qui n'avait point d'enfant lors du mariage : de Catellan, commentant cet arrêt. l'explique en ces termes : « La raison de l'arrêt fut que la loi *si unquam* comprend toutes les donations et qu'une constitution de dot est une véritable donation et une libéralité à laquelle le constituant ne s'est porté que parce qu'il n'avait point d'enfant et que la femme et le mari ont dû prévoir que cette libéralité pourrait être révoquée par la survenance d'enfant ⁷ ».

L'ordonnance de 1731 acheva de consacrer cette jurisprudence qui n'était plus guère discutée depuis l'arrêt de 1551. Toute donation « faite en faveur de mariage par autres que

1. Nous étudierons plus loin la question du maintien de l'hypothèque subsidiaire de la femme dans les pays de Droit Écrit. Le texte in extenso de l'arrêt est au t. III des œuvres de Du Moulin, p. 543.

2. Maynard, l. IV, ch. 42.

3. D'Olive, l. IV, ch. 6.

4. De Catellan, l. IV, ch. 41.

5. Parlement de Bordeaux, 17 août 1673. De Catellan, l. IV, ch. 41.

6. D'Espeisses, *Des contrats*, part. 1, tit. XIV, sect. iv, p. 459.

7. De Catellan, l. IV, ch. 41.

par les conjoints ou ascendants » fut soumise par l'article 39, sans aucune distinction, à la révocation de plein droit pour survenance d'enfant.

Art. II. — Dans quels cas se produit, dans les pays de Droit Écrit, la révocation pour survenance d'enfant ?

Deux conditions sont nécessaires :

1^o Il faut que le donateur n'ait pas d'enfant ou de descendant légitime vivant lors de la donation. Cette règle, qui paraît, au premier abord, assez simple, avait donné lieu à un certain nombre de difficultés. Nous résumerons rapidement les principales :

La naissance d'un enfant déjà conçu au temps de la donation pouvait-elle en opérer la révocation ?

Le parlement de Toulouse, par arrêt du 9 août 1688, se prononça pour la négative dans l'espèce d'une donation faite par une femme enceinte de huit mois. Cette femme, dans cet état, disait l'arrêt, *non potuerat non cogitare de liberis*, et en ayant eu déjà quatre, « elle savait ce que c'était que la tendresse qu'une mère a pour ses enfants¹. »

Le parlement de Bordeaux se prononça au contraire pour l'affirmative dans l'espèce d'une donation faite par un homme, dont la femme était enceinte de six mois, à son frère qui se mariait². Pour justifier cet arrêt on invoquait le texte absolu de la loi *si unquam : filios non habens* : or l'enfant simplement conçu ne peut pas véritablement compter pour un fils du donateur. On rappelait la remarque de Tiraqueau : *major solet esse affectio erga filios qui jam sunt in rerum natura quam in nascituros, ut nos docet experientia, optima rerum magistra*³.

Il y avait donc contrariété de jurisprudence dans les pays de Droit Écrit à moins qu'on ne veuille, comme de Catellan, concilier ces deux arrêts en distinguant « l'affection d'un

1. De Catellan, *loc. cit.*

2. Arrêt de Bordeaux du 17 août 1673. De Catellan, *loc. cit.*

3. Tiraqueau, *Comment. sur la loi si unquam*, v^o *Filios non habens*.

père et celle d'une mère et donner à celle-ci un commencement plus avancé et la faire remonter jusqu'au temps que la mère sent qu'elle est mère et qu'elle porte son enfant animé dans son sein ¹ ».

Le parlement de Toulouse se rangea du reste, par arrêt du 3 septembre 1697, à l'avis du parlement de Bordeaux ² et l'article 40 de l'ordonnance de 1731 trancha la question dans le sens de la révocation.

Fallait-il considérer comme un enfant existant l'enfant absent lors de la donation? On admettait généralement que le donateur avait dû considérer cet enfant comme mort ³.

La donation faite par un père qui n'a que des filles à un parent qui porte son nom était-elle révoquée par la survivance d'un enfant mâle? Furgole se prononçait encore, après l'ordonnance de 1731, pour l'affirmative. « Si le donateur, disait-il, a donné la préférence à une personne de son agnation, il a témoigné en même temps une affection particulière pour les mâles, en sorte qu'on peut dire avec vérité que la naissance d'un enfant mâle dissipe et fait évanouir cette prédilection qu'il a fait paraître pour le donataire et la préférence qu'il lui a donnée sur ses filles ⁴. »

2° Il faut qu'il survienne au donateur, postérieurement à la donation, un enfant ou un descendant légitime.

La légitimation par mariage subséquent d'un enfant produisait-elle le même effet que la naissance? Cet effet n'était point discuté lorsque la naissance et la légitimation de l'enfant naturel avaient eu lieu après la donation. Mais la solution devenait, au contraire, fort délicate lorsque la donation se plaçait entre la naissance de l'enfant naturel et la légitimation. Admettre dans ce cas la révocation eût été rendre la condition du fils naturel légitimé meilleure que celle du fils légitime : *ne legitimatus fit melioris conditionis quam legitime natus et plus habeat luxuria quam castitas* ⁵. De droit commun, la loi *si unquam* n'a pas lieu quand le donateur a des enfants au temps de la donation; elle doit donc cesser

1. De Catellan, *loc. cit.*

2. Furgole, sur l'art. 40 de l'ord. de 1731.

3. Furgole, *Questions remarquables sur la matière des donations*, quest. 19.

4. Furgole, *loc. cit.*, quest. 20.

5. Du Moulin, *In consilia Philippi Decii*, 366. *Opera*, t. III, p. 799.

lorsque la naissance de l'enfant naturel précède la donation, parce que la légitimation survenue ne donne pas l'être au fils et ne change point sa personne, quoiqu'elle change son état ¹.

Nous devons reconnaître que cette théorie n'avait pas triomphé dans la jurisprudence. Le parlement de Toulouse ne distinguait pas si la naissance de l'enfant légitimé était antérieure ou postérieure à la donation ². L'ordonnance de 1731 adopta cette façon de voir puisqu'elle se contente de dire que la donation sera révoquée « par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent » (art. 39).

Il est intéressant de constater que le Code Civil, contrairement à ses habitudes, n'a pas suivi sur ce point le texte de l'ordonnance : la révocation n'a plus lieu aujourd'hui, par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, que si l'enfant *est né* depuis la donation ³.

Les enfants nés d'un mariage putatif donnent-ils lieu à la révocation ? Ces enfants sont bien considérés comme légitimes, mais il faut remarquer que la révocation fait revenir le bien donné au donateur, non aux enfants. « Toutes les questions qui peuvent se rencontrer sur cette matière doivent donc se décider sur la bonne ou mauvaise foi du donateur ; s'il est dans la bonne foi ses enfants doivent révoquer la donation ; s'il est dans la mauvaise foi, comme il est indigne du retour des biens donnés, la révocation ne doit pas avoir lieu, parce qu'autrement il tirerait du profit de son crime ⁴. »

L'existence d'un enfant justement exhérédé ou mort civilement suffit-elle à faire révoquer la donation ? Il paraît que la question n'était pas décidée par les arrêts. Furgole se prononçait en faveur de la révocation ⁵, car s'il est vrai « que les enfants qui naissent, après la donation, sont comme la condition qui la fait résoudre, leur intérêt et leur faveur n'y entrent pour rien », leur capacité importe donc peu ; ce qui suffit pour la révocation, c'est leur existence.

Le retour d'un enfant du donateur absent lors de la dona-

1. Furgole, *Questions remarquables*, quest. XVII.

2. Maynard, l. IV, ch. 43, l. VI, ch. 57, liv. VIII, ch. 3.

3. Art. 960. Fenet, t. XII, pp. 455, 465.

4. Furgole, *Questions remarquables sur la matière des donations*, quest. 47.

5. Furgole, *loc. cit.*, quest. 46.

tion révoque-t-il la libéralité? Sans doute la lettre même de la loi *si unquam* semble s'opposer à la révocation, d'une part le donateur a un fils, d'autre part il ne lui en naît pas un après la donation, puisqu'il s'agit seulement du retour de celui qui est né. Mais l'esprit de la loi milite en faveur de la révocation : le donateur eût-il fait la donation s'il n'avait pas été dans la fausse opinion que ses enfants étaient morts ¹ ?

Art. III. — Quels sont les effets de la révocation pour survenance d'enfant ?

Les effets de la révocation peuvent être résumés dans les propositions suivantes :

1^o La révocation pour survenance d'enfant avait lieu de plein droit dans les pays de Droit Écrit : *resoluitur donatio ipso jure et beneficio legis* ².

Les donateurs, dans les pays coutumiers, avaient, au contraire, l'habitude de demander préalablement des lettres de rescision, habitude que Ricard blâme à juste titre en faisant remarquer qu'il ne s'agit pas de faire annuler le contrat de donation, mais d'invoquer une condition tacite qu'il contient ³.

2^o La révocation faisait tomber en principe tous les droits réels consentis par le donataire sur le bien donné depuis la donation ⁴. Cette conséquence de la révocation était attribuée en général par les auteurs de Droit Écrit non à l'effet d'une condition résolutoire, mais à l'accomplissement d'une condition suspensive. « Ces donations, dit Maynard, commentant un arrêt du parlement de Toulouse de 1579, n'étaient censées jamais faites que sous la condition *si donans non suscepit filios*, comme il est décidé communément par les interprètes : *ideo deficiente conditione, susceptis scilicet liberis, perinde est ac si nunquam fuisset donatum, nec nisi existente conditione dominium transferri potuit* ⁵.

3^o La révocation laissait toutefois subsister sur les biens donnés en contrat de mariage l'hypothèque subsidiaire de la

1. Furgole, *loc. cit.*, quest. 49.

2. Ferrières, sur Guy Pape, quest. 428; de la Rocheffavin, *Arrests notables*, livre VI, tit. 40, arr. XXV.

3. Ricard, 3^e part., ch. v. sect. 7, n^o 650.

4. Maynard, livre 6, ch. 60. Arrêt de Toulouse de 1579. Furgole, quest. XI, n^o 17. D'Olive, liv. 4, ch. 6. Ferrières, sur Guy Pape, quest. 428.

5. Maynard, liv. 6, ch. 60, n^{os} 10 et 11.

femme pour la reprise de ses droits matrimoniaux ¹. On justifiait cette exception par plusieurs raisons :

« La piété qui prend le party des enfants, disait d'Olive, est arrêtée en ses effets à la rencontre de la piété qui assiste la cause des dots ; de même que le privilège vient à cesser par l'opposition d'un autre privilège ². »

On invoquait, même dans les pays de Droit Écrit, l'arrêt de 1551 qui, tout en prononçant la révocation de la donation avait, disait-on, maintenu l'hypothèque subsidiaire de la femme du donataire : « à la charge de l'hypothèque du douaire préfix et constitué par ledit maistre Ferry par le traité de mariage à ladite feue Marguerite Maillard, sa femme pour au cas que les biens dudit maistre Ferry ne seraient trouvés suffisants pour iceluy douaire et sauf audit maistre Ferry pour l'acquitter et rendre indemne d'iceluy douaire envers les enfants dudit maistre Ferry. »

En réalité cette interprétation de l'arrêt de 1551 était inexacte, elle s'était introduite, comme dit Furgole d'une façon pittoresque, « à fausses enseignes ³ ». La réserve de l'hypothèque subsidiaire sur les biens qui faisaient retour à Du Moulin par suite de la révocation n'était que le résultat d'une transaction entre les parties et l'arrêt, sur ce point, laissait intacte la question de principe. Il suffisait pour s'en convaincre de relire le commentaire même de Du Moulin : *ex his satis liquet hanc clausulam hypothecæ non fuisse ad positam mero jure nec motu senatus, esset enim contra jus et contra concordem, omnium sententiam qui tenent pure et simpliciter resolvi per prædicta. Sed fuit adposita de expresso consensu meo, etiam manu propria conscripto et in acta relato* ⁴.

Néanmoins l'erreur s'était accréditée dans toute la France. Ricard entreprit de rétablir l'exactitude des faits ; il admettait toutefois que si le donateur s'était expressément rendu caution des conventions matrimoniales, les biens compris

1. Arrêt de Toulouse du 12 sept. 1636 ; d'Olive, *loc. cit.* ; Ferrières, *loc. cit.*

2. D'Olive, *loc. cit.*

3. Furgole. *Ord. sur les donations*, art. 42.

4. Du Moulin, *Tractatus de don. fac. vel confirm. in contractu matrimonii*, n° 86.

dans la donation demeuraient hypothéqués après la révocation ¹.

L'ordonnance de 1731 repoussa cette interprétation erronée. Elle prit même soin, en adoptant l'opinion de Ricard, d'écarter par une disposition spéciale l'exception qu'il proposait encore pour le cas de caution par le donateur : « les biens compris dans la donation révoquée de plein droit rentreront dans le patrimoine du donateur libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, *même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme dudit donataire*, reprises, douaire ou autres conventions matrimoniales, ce qui aura lieu, quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat et *que le donateur se serait obligé comme caution* par ladite donation à l'exécution du contrat de mariage » (art. 42).

Le parlement de Bordeaux protesta spécialement dans ses remontrances contre l'abrogation de l'hypothèque subsidiaire de la femme du donataire. D'Aguesseau, dans la lettre qu'il lui écrivit, comme à tous les parlements qui avaient fait parvenir des remontrances, expliqua en ces termes les motifs qui avaient décidé les rédacteurs de l'ordonnance à abroger la jurisprudence généralement suivie dans le midi : « si, dans le cas des donations faites par d'autres que par les conjoints, la nouvelle loi décide que les biens donnés retourneront au donateur libres de toute charge et même de l'hypothèque subsidiaire de la femme du donataire, c'est ce qui est renfermé dans les termes mêmes de la loi *si unquam*, et la femme ne saurait s'en plaindre, parce qu'elle a dû prévoir le cas de la survenance des enfants du donateur, qui ne doivent pas être privés du bien de leur père, par un recours qui rendrait la révocation inutile. Dans la diversité de jurisprudence qui avait lieu sur ce point, on a cru devoir préférer celle qui était la plus conforme au texte de la loi et au vœu de la nature ². » Il est d'ailleurs à remarquer que le parle-

1. Ricard, *Traité des donations entre vifs*. 3^e partie, ch. 5, sect. 7, n^o 654.657.

2. Lettre de d'Aguesseau au parlement de Bordeaux, 25 juin 1731. *Oeuvres de d'Aguesseau*, éd. Pardessus, tome XII, p. 311.

ment de Bordeaux fut le seul des parlements de Droit Écrit à se plaindre de ce changement de jurisprudence.

4° La révocation a pour effet d'obliger le donataire à restituer les fruits. Mais à quel moment commence exactement cette obligation ?

Furgole nous apprend qu'il y avait sur ce point plusieurs opinions. Ceux qui croyaient que la donation était révoquée par suite de la déchéance d'une condition suspensive tacite, *si liberos non suscepit*, étaient d'avis que le donataire devait restituer les fruits du jour de la donation « parce que, la condition manquant, il n'y avait jamais eu de consentement, ni par conséquent de titre pour attribuer les fruits ¹ ».

Ceux qui faisaient découler la révocation de l'accomplissement d'une condition résolutoire imposaient la restitution des fruits du jour seulement de la naissance de l'enfant, parce que la condition résolutoire laissait subsister jusque-là la donation et par suite le titre nécessaire pour gagner les fruits.

La jurisprudence des parlements de Droit Écrit, en particulier du parlement de Toulouse, n'obligeait le donataire à la restitution des fruits que du jour de la demande judiciaire en restitution des biens donnés ².

Enfin un système intermédiaire faisait dater l'obligation de restituer les fruits du jour où le donataire cessait d'être de bonne foi par la connaissance qu'il avait de la naissance de l'enfant du donateur. C'est ce dernier système qu'a suivi l'ordonnance de 1731 en exigeant en outre, pour constituer le donataire de mauvaise foi et l'obliger à restituer les fruits, que la naissance ou la légitimation de l'enfant lui fût notifiée par exploit (art. 44) ³.

Art. IV. — Comment se perd le droit de révocation ?

Nous examinerons sous ce titre trois questions principales : Est-il permis de renoncer expressément ou tacitement au bénéfice de la loi *si unquam* ? La nullité de la donation ainsi révoquée pouvait-elle se couvrir ?

1. Furgole, *Ord. sur les donations* sur l'art. 41.

2. De Catellan, arrêt du parlement de Toulouse du 6 mars 1693, liv. 4, ch. 41. Arrêt du 13 mai 1528. Papon, *Arrests notables des cours souveraines*, livre XI, ch. 22.

3. Code Civil, art. 962.

Par quel laps de temps se prescrit le droit de révocation?

1° *Était-il permis de renoncer expressément ou tacitement au bénéfice de la loi si unquam?*

A. — *Renonciation expresse.* — La clause par laquelle le donateur déclarait, lors du contrat de donation, renoncer par avance au bénéfice de la loi *si unquam* semble avoir été tout d'abord permise dans les pays de Droit Écrit ¹. Rien ne paraissait en effet s'opposer à la validité de cette renonciation. L'intérêt des enfants n'était pas en jeu, puisque la révocation faisait revenir le bien donné non entre leurs mains, mais dans celles du donateur et, quant à ce dernier, si la loi sous-entendait, quand il gardait le silence, une condition tacite de révocation, cette présomption devait naturellement cesser devant la manifestation expresse de sa volonté. Aussi Ferrières, dans ses annotations sur Guy Pape, accordait encore au donateur le droit de renoncer à la loi *si unquam* : *et maxime quia licet revocetur donatio susceptis liberis, tamen ejusmodi revocatio fit favore patris et eo volente qui, ut dictum est, potest huic beneficio renunciare* ².

Cependant, dès le xvi^e siècle, la jurisprudence des parlements de Droit Écrit, en particulier des parlements de Toulouse et d'Aix, considérait comme nulle la renonciation expresse au droit de révocation pour survenance d'enfants et toute clause qui pouvait tendre à faire valoir la donation malgré la survenance des enfants ³.

B. — *Renonciation tacite.* — On considérait qu'il y avait renonciation tacite au bénéfice de la loi *si unquam* toutes les fois qu'il était certain que le donateur avait pensé à ses enfants lors de la donation. Le parlement de Bordeaux admettait cette renonciation tacite. Ainsi une femme ayant fait une donation et restreint cette donation à la moitié de ses biens, pour le cas où elle aurait des enfants, un arrêt du mois de mai 1581 lui refusa le droit de révoquer pour la totalité, bien qu'il lui fût né des enfants ⁴. Il paraît, au contraire,

1. Durandi, *Speculum juris*, liv. II, part. II, de *instrum.*, edit., § *porro*, n° 4, tome I, p. 148.

2. Ferrerius, sur Guy Pape, quest. 428.

3. Toulouse, arr. de janvier 1579. Maynard, liv. 6, ch. 58. Aix, 26 janvier 1580, 9 février 1583. D'Espeisses, *Des contrats*, part I, tit. 14, sect. IV, n° 8. Toulouse, arr. du 3 sept. 1667, Furgole, *Ord. sur les donations*, com. sur l'art. 44.

4. Automne, la *Conférence du droit romain avec le droit français*, ad tit. de *revocandis donationibus*, ad legem *si unquam*, tome II, p. 457.

comme nous l'avons dit, que le parlement de Toulouse ne laissait pas d'admettre la révocation quoique le donateur eût prévu, lors de la donation, la naissance des enfants ¹.

L'ordonnance de 1731 a déclaré nulle toute renonciation à la révocation pour survenance d'enfant (art. 44).

2° *La nullité de la donation révoquée pour survenance d'enfant pouvait-elle se couvrir par une confirmation tacite ou expresse?*

On s'était demandé, notamment, si le fait que le donateur avait laissé le donataire en possession, après la survenance des enfants, jusqu'à son décès, n'était pas une raison suffisante pour écarter l'application de la loi *si unquam*. Si la donation était révoquée, quand l'enfant du donateur qui avait occasionné la révocation était mort avant toute instance? Certains jurisconsultes de Droit Écrit² admettaient que si les enfants du donateur étaient décédés pendant la vie de leur père et que celui-ci, à son tour, fût mort sans révoquer la donation ni expressément ni tacitement, cette libéralité se trouvait confirmée. Mais le parlement de Toulouse considérait que la raison de la révocation subsistait dans tous les cas ³.

L'ordonnance de 1731 a tranché dans ce sens toutes les difficultés et rendu impossible toute confirmation de la donation révoquée (art. 41 et 43).

3° *Par quel laps de temps se prescrivait le droit de révocation?*

De droit commun, la prescription aurait dû être acquise au donataire ou à ses successeurs universels par trente ans, aux tiers possesseurs ayant juste titre et bonne foi par dix ans ou vingt ans, suivant qu'elle s'opérait entre présents ou absents. Le parlement de Paris jugeait dans ce sens ⁴.

En outre la prescription aurait dû commencer à courir contre le donateur du jour de la naissance du premier enfant. A cette date, en effet, son droit de révocation avait pris naissance et par conséquent on pouvait lui appliquer la maxime *contra valentem agere currit præscriptio* ⁵.

1. Arr. de Toulouse du 3 sept. 1667, Fargole. *Ord. sur les donations*, sur l'art. 44. La Rocheffavin. *Arrets*, liv. 2, v° *Donation*, tit. 7, art. 1.

2. D'Espeisses, tome I, *Des contrats*, part. I, tit. 14, *Des donations*, sect. IV, p. 462. Ferrières in quæst. 214 Guidonis Papæi.

3. De Catellan, liv. 4, ch. 41, p. 99.

4. Ricard, *Des donations*, tome I, 3° partie, n° 669.

5. Ricard, *loc. cit.*, n° 660.

Le parlement de Toulouse avait, sur le premier point, une jurisprudence spéciale, d'autant plus importante à noter qu'elle a passé dans l'ordonnance de 1731 et dans le Code civil ¹, dont elle peut expliquer historiquement les dispositions exceptionnelles. Le parlement exigeait, dans tous les cas, pour la prescription, une durée de 30 années; « il jugeait indistinctement, dit Furgole, qu'il n'y avait que la prescription de trente ans qui fût suffisante, parce qu'il s'est éloigné de l'ancien droit romain à cet égard et qu'il n'a reçu d'autre prescription pour ce qui regarde l'acquisition de la propriété et l'exclusion de l'action *rei vindicationis* que celle de trente ans ². »

Sur la deuxième question, le point de départ de la prescription, la jurisprudence des pays de Droit Écrit, était incertaine. On faisait courir les trente ans tantôt de la naissance du premier, tantôt de la naissance du dernier enfant. L'ordonnance de 1731, suivie en cela encore par le Code Civil, adopta ce dernier point de départ. Pothier essaie de justifier ainsi cette solution ³: « il faut distinguer entre le droit de propriété et le droit de créance. Lorsque je suis propriétaire d'une chose, je ne puis le devenir davantage, en vertu de quelque autre cause que ce soit. C'est en ce sens qu'on dit : *quod meum est amplius fieri non potest*, mais lorsque je suis créancier d'une chose rien n'empêche que je ne puisse devenir encore créancier de la même chose *ex aliâ causâ*. Suivant ces principes, quoique le donataire fût déjà devenu, par la survenance de ce premier enfant, créancier de la restitution des mêmes choses par lui données, rien n'empêche qu'il puisse de nouveau devenir créancier de la restitution des mêmes choses par la survenance du dernier et que la créance qu'il avait par la naissance du premier, étant prescrite, celle qui lui a été acquise par la naissance du dernier puisse lui rester. »

§ IV. — Droit de retour.

« La donation entre vifs peut aussi être révoquée par le

1. Ord. de 1731, art. 45. Code Civil, art. 965.

2. Furgole, *Ordonnance sur les donations*. Com. sur l'art. 45.

3. Pothier, *Traité des donations entre vifs*. Œuvres, tome VIII, n° 174.175.

décès du donataire avant le donateur, soit qu'il ait été convenu qu'en cas dudit prédécès la chose donnée retournerait au donateur ou à ses héritiers, soit que la dite stipulation ne soit pas intervenue, pourvu que la donation ait été faite par les ascendants paternels ou maternels, ou par les proches collatéraux ¹. » On voit par cette définition qu'il existait, dans les pays de Droit Écrit, deux sortes de droit de retour ou de réversion : le droit de retour conventionnel et le droit de retour légal.

Art. I. — Droit de retour conventionnel.

Nous avons peu de choses à dire du droit de retour conventionnel. Il n'est que l'exercice d'une condition résolutoire casuelle. Or « ceux qui donnent leurs biens, dit Roussilhe, peuvent les donner sous les conditions qu'ils jugent à propos (pourvu qu'elles ne tendent pas à détruire la donation) et rien de plus juste que de permettre d'apposer à sa libéralité telles conditions qu'on veut, lorsqu'elles ne sont pas contraires aux bonnes mœurs ² ».

Le droit de retour conventionnel était, du reste, en usage aussi bien dans les pays coutumiers que dans les pays de Droit Écrit. Remarquons seulement qu'on se montrait généralement, dans le pays de Droit Écrit, favorable à l'extension des clauses de retour stipulées par le donateur. Ainsi, le parlement de Toulouse, par arrêt du mois de janvier 1574, déclara que les biens donnés par un oncle à son neveu avec réserve de l'usufruit et clause de retour, pour le cas où le neveu donataire décéderait sans enfant, retourneraient aux héritiers du donateur, quoique ce dernier fût décédé avant le donataire et qu'il eût omis de stipuler la réversion pour lui et les siens, « parce qu'il était à présumer que le donateur, en donnant, n'avait pas voulu transmettre ses biens à des étrangers ³ ».

L'exercice du droit de retour conventionnel avait pour résultat de faire rentrer le bien donné entre les mains du dona-

1. Henrys, *Œuvres*, t. IV, *Supplément aux œuvres de Claude Henrys. Des donations*, l. 1, ch. vi.

2. Roussilhe, *la Jurisprudence des donations entre vifs*, t. III, n° 577.

3. Henrys, *loc. cit.*, § 28.

teur ou de ses héritiers, libre de toutes les aliénations et charges consenties par le donataire ¹.

Art. II. — Droit de retour légal.

Ce droit s'ouvre par le prédécès du donataire sans enfants. L'existence d'un enfant du donataire décédé empêche le droit de retour ², parce qu'il représente le donataire. Bien que le donataire ait laissé plusieurs enfants, la mort de l'un d'entre eux ne donne pas ouverture au droit de retour ³. Si, ensuite, tous les autres enfants du donataire viennent à mourir sans descendants du vivant du donateur, alors seulement celui-ci reprend, par droit de retour, tous les biens donnés ⁴, même la portion de l'enfant prédécédé en premier lieu qui avait été déjà divisée entre les successeurs *ab intestat* ⁵.

De profondes différences séparaient les pays de Droit Écrit des pays coutumiers au point de vue du droit de retour légal, tant à l'égard de ceux qui bénéficiaient de ce retour qu'à l'égard de ses effets.

Le droit romain n'admettait le droit de retour légal qu'au profit du père pour la dot profectice ou pour la donation *ante nuptias* qu'il faisait pour son fils ⁶. Mais les parlements de Droit Écrit avaient une jurisprudence très large sur l'exercice du droit de retour. Le parlement de Toulouse allait le plus loin dans cette voie. Il accordait le droit de retour, non seulement au père, pour toutes espèces de donations faites à ses enfants ⁷, mais à la mère ⁸, aux ascendants paternels ⁹, aux

1. Roussilhe, *loc. cit.*, t. III, p. 68, Code civil, art. 951-952. Ricard laissait au donataire un certain pouvoir d'aliénation *arbitratu boni viri* « en cas qu'il ne se trouvât pas avoir d'autres biens pour se servir dans ses affaires et dans ses nécessités ». *Des donations*, t. I, part. III, ch. 7, n° 810.

2. Guido Papa, question 447. D'Olive, *Arrêts*, l. III, ch. 27.

3. D'Espeisses, *Des contrats*, part. 1, tit. XIV, *Des donations*, sect. iv, nono.

4. Toulouse, arr. du 20 avril 1556. Durandi, quæst. 1, 7 avril 1564, Charondas, *Réponses*, l. VII, ch. 114. Mars 1580, La Rocheflavin, liv. 6, v° *Émancipation*, tit. XLIV, arr. 1; Bordeaux, 14 août 1582, Automne, *ad leg. Dos a patre*, 4. Cod., *salut. matrimonio*.

5. D'Espeisses, *loc. cit.*

6. L. 2 Cod. de bonis. quæ. lib. 6. 61.

7. Furgole, *Questions remarquables sur la matière des donations*, quest. 42, n° 29. D'Espeisses, *Des contrats*, tit. XIV, *Des donations*, sect. iv, n° 5.

8. Arrêt du 24 décembre 1566; 26 juin 1582. Charondas, *Réponses et décisions du droit français*, l. X, ch. 82. Maynard, l. II, ch. 90.

9. Arrêt du 20 avril 1556. D'Espeisses, *loc. cit.*

ascendants maternels ¹, au frère donateur ², aux oncles et tantes ³.

Le parlement de Bordeaux ne reconnaissait le droit de retour qu'aux seuls ascendants donateurs du côté paternel ou maternel indifféremment ⁴. Il en était de même au parlement d'Aix ⁵. Toutefois, par exception, dans ce ressort, le retour n'avait pas lieu en faveur de l'aïeul donateur quand sa fille donatrice prédécédait, laissant des enfants, même quand ceux-ci venaient également à prédécéder ensuite ; les statuts de Provence adjugeaient en effet au mari la dot profectice de la femme quand celle-ci avait fait souche d'enfants ⁶.

La jurisprudence du parlement de Grenoble était incertaine. Ainsi un arrêt du 17 janvier 1633 avait accordé le bénéfice du retour à l'aïeule maternelle au préjudice des droits successifs du père, tandis qu'un arrêt du 3 décembre 1638 préféra le père à l'aïeule donatrice ⁷.

Le droit de retour légal ne pénétra que beaucoup plus difficilement dans les pays coutumiers. Les anciens jurisconsultes avaient cru voir dans la règle « propres ne remontent » l'interdiction du retour aux ascendants donateurs. Un arrêt de 1554 refusa encore le droit de retour au premier président Le Maître. Masuer atteste, à la même époque, que les père et mère ne succédaient pas aux biens donnés ⁸. L'introduction du droit de retour légal fut due, en grande partie, à l'influence de Dumoulin ; on le trouve notamment consacré en 1580 dans la coutume réformée de Paris ⁹, mais le droit de retour resta en général ¹⁰, dans les pays coutumiers, réservé aux seuls ascendants.

1. Arrêt de février 1596. Ferrer., in quæst. I. Durandi. D'Espeisses, *loc. cit.* Henrys, *Supplément*, t. IV, l. 1, ch. vi, n° 17.

2. Arr. du 20 mai 1520. D'Espeisses, *loc. cit.*

3. Maynard, l. II, ch. 90, arrêt du 18 mai 1589. Ferrer. in quæst. I. Durandi, 12 mai 1610, de la Rocheflavin. *Arrêts*, v° *Dol.* tit. XLI, arr. 19.

4. D'Espeisses, *loc. cit.*, additions de Rousseau de Lacombe sur l'édition de 1778.

5. Arrêt du parlement d'Aix, du 16 décembre 1655. Boniface, *Arrêts notables*, t. I, l. VII, tit. VIII, ch. 5.

6. Arrêts du 18 juin 1647, 4^e déc. 1667, Boniface, ch. 1 et 2.

7. D'Espeisses, *loc. cit.*, additions de Rousseau de Lacombe.

8. Roussilhe, *Jurisprudence des donations*, tome III, p. 94.

9. Art. 343.

10. Dans la coutume d'Auxerre, le droit de retour s'étendait aux collatéraux, art. 242.

Au point de vue des effets du Droit de retour, la théorie des pays de Droit Écrit n'était pas moins différente de la théorie coutumière.

Dans les pays de Droit Écrit, le droit de retour reposait sur une condition ou une stipulation tacite en faveur du donateur qui résolvait *ex causa antiqua* le droit du donataire par son prédécès sans enfants ¹. Il en résultait, notamment dans le ressort des parlements de Toulouse² et de Bordeaux³, que, de plein droit, le bien donné revenait entièrement libre au donateur, nonobstant toutes dispositions testamentaires ou entre vifs, toutes aliénations ou constitutions d'hypothèques faites par le donataire. Le bien donné n'était même pas assujetti à la légitime des héritiers réservataires du donataire. Ainsi les biens donnés revenaient à l'aïeul donateur malgré la légitime que pouvait prétendre le père encore existant du donataire prédécédé ⁴.

Seulement les biens donnés en faveur du mariage restaient, malgré l'ouverture du droit de retour, hypothéqués subsidiairement pour sûreté de la dot et des avantages matrimoniaux de la femme du donataire⁵.

Dans le ressort du parlement d'Aix, le donataire ne pouvait disposer par testament ⁶ du bien sujet au droit de retour. Mais il pouvait en disposer par donation entre vifs⁷ et, en outre, le bien donné restait assujetti subsidiairement à toutes les hypothèques qu'il avait consenties⁸.

Dans les pays coutumiers le droit de retour avait eu d'abord pour effet, comme dans les pays de Droit Écrit, de faire revenir le bien franc et quitte de toute charge. Le parlement de Paris s'était même prononcé en ce sens en 1575. Plus tard cette jurisprudence vint à changer. Le retour s'exerça à

1. Furgole, *Questions remarquables*, etc. Question 42, n° 46.

2. Toulouse, arrêt de 1581. Ferrerius in quest. I Durandi, Furgole, quest. 42, n° 53.

3. Bordeaux, d'Espeisses, *loc. cit.*, éd. de 1778, notes de Rousseau de La-combe.

4. Bordeaux, arr. du 11 mars 1603; d'Espeisses, *loc. cit.*, n° 5; Toulouse Maynard, liv. 2, ch. 92.

5. Toulouse, arrêt du 6 mars 1590, de la Rocheflavin, *Arrêts*, liv. 2, v° *Mariage*, tit. 4, arr. 41. Bordeaux, arrêt du 8 mai 1666. 6 sept. 1679. La Peyrère, *Décisions sommaires du Palais* : additions. Lettre R. n° 114.

6. Aix, arrêt du 9 février 1643. Boniface, *Arrêts notables*, tome I, liv. 7, tit. 8, ch. 5.

7. Aix, arrêts du 16 décembre 1655. Boniface, *loc. cit.*

8. Boniface, *loc. cit.*, ch. 3.

titre de succession. Le donateur reprit le bien donné, mais grevé des charges consentie par le donataire. Il est à remarquer que cette jurisprudence régissait certains pays de Droit Écrit, ceux qui étaient compris dans le ressort du parlement de Paris, le Lyonnais, le Mâconnais, le Beaujolais, le Forez et la Haute-Auvergne. Les trois sénéchaussées de Belac, Rançon et Magnac en Basse-Marche, comprises, au xvii^e siècle, dans le ressort du parlement de Paris, continuaient, par exception, à suivre sur le droit de retour la jurisprudence du parlement de Bordeaux dont elles relevaient auparavant ¹.

L'ordonnance de 1734 ne toucha pas à la question du droit de retour et laissa subsister les divergences profondes qui existaient entre les pays de Droit Écrit et les pays coutumiers sur les effet du droit de retour légal. Le Code Civil a adopté la théorie coutumière dans la succession anormale de l'ascendant donateur (art. 747).

CONCLUSION

Nous avons cherché, au cours de ce travail, toutes les fois que nous avons pu le faire sans dépasser les limites d'une étude sur l'histoire des donations dans le droit de Justinien et dans les pays de Droit Écrit, à rapprocher les théories en vigueur dans l'ancien droit des règles du Code Civil. Une conclusion se dégage de cette comparaison : le Code Civil, dans la matière des donations, s'est inspiré beaucoup plus des théories coutumières que des théories de Droit Écrit.

La doctrine des pays de Droit Écrit consacrait la liberté dans les donations : liberté dans le choix des libéralités, donation entre vifs et donation à cause de mort ; liberté dans l'objet des donations, biens présents ou biens à venir ; liberté dans les formes, acte notarié ou acte sous seing privé ; liberté dans les différentes clauses des donations, même dans celles

1. D'Espeisses, *Des contrats*, tit. 44 ; *Des donations*, sect. 4, n° 5, édition de 1778, notes de Rousseau de Lacombe.

contenant au profit du donateur, non sans doute un droit purement arbitraire de révocation, mais une condition potestative.

La doctrine coutumière sur les donations était au contraire dominée tout entière par la maxime *donner et retenir ne vaut*, dont l'influence se faisait sentir partout. C'est par application de cette maxime que les pays coutumiers repoussaient la donation à cause de mort et la donation de biens à venir, qu'ils firent imposer aux donations les formes rigoureuses de l'acte notarié, de l'état du mobilier et de l'acceptation expresse, qu'ils considéraient l'irrévocabilité comme essentielle à la donation.

Sans doute, les pays de Droit Écrit ont eu une influence lointaine et indirecte sur le Code Civil, ils ont fait prévaloir le caractère consensuel de la donation en la dégageant des nécessités de l'exécution. Mais déjà, avant l'ordonnance de 1731, l'importance de la première partie de la règle *donner et retenir ne vaut*, la nécessité pour le donateur de faire tradition, avait à peu près complètement disparu, même dans les pays coutumiers. Sans doute aussi certaines théories de Droit Écrit sur des points spéciaux de la matière des donations, par exemple la possibilité des donations révocables entre époux, ont passé dans notre droit actuel. Mais, d'une façon générale, on peut dire que le Code Civil a suivi la doctrine des pays coutumiers et que le législateur moderne a, suivant l'expression de M. Glasson ¹, « adopté les yeux fermés » l'ancienne règle *donner et retenir ne vaut* avec ses conséquences.

Certes nous ne blâmerons point les formes solennelles imposées à la donation. Elles n'ont pas d'inconvénient dans un acte relativement rare et qui demande à être mûrement réfléchi; elles ont des avantages dans une matière où les fraudes sont à redouter et les captations à craindre. Nous ferons seulement remarquer que la pratique a rompu le moule rigide imposé aux donations et lui a fait deux larges fissures : la jurisprudence valide la donation déguisée dans un contrat onéreux, le développement des valeurs au porteur a donné au don manuel une importance considérable.

¹ M. Glasson, *Etudes de droit civil : les donations à cause de mort*. *Revue pratique de droit français*, t. XXXVII, 4^{or} janvier au 30 juin 1874, p. 490.

Au contraire, rien ne prouve que l'irrévocabilité soit de l'essence de la donation; rien, en droit pur, n'interdit au donateur de limiter, dans l'acte même par lequel il fait une libéralité, la portée de cette libéralité et de la soumettre expressément à une condition potestative¹; rien ne justifie cette dérogation à la liberté des conventions, ni l'intérêt du donateur ni celui de sa famille. « De deux choses l'une : ou bien le donateur a fait sa libéralité dans un moment d'entraînement, et alors, plus tard, malgré ses regrets peut-être justifiés, il sera victime de la règle *donner et retenir ne vaut*, tandis que, s'il avait eu la faculté de réserver à son profit le droit de révocation, il pourrait anéantir les effets d'un acte consenti par imprudence; ou bien le donateur agissait, au moment de la donation, en pleine connaissance de cause, avec la volonté bien réfléchie, bien arrêtée, de faire une libéralité; dans ce cas, il savait parfaitement qu'en se montrant généreux il se dépouillait, et ce n'est pas la règle *donner et retenir ne vaut* qui a pu l'arrêter dans sa détermination² ».

Nous regrettons donc la consécration définitive par le Code Civil d'une théorie exceptionnelle que rien ne justifie plus aujourd'hui³. C'est là une déviation du courant historique qui, dans le droit de Justinien, et, plus tard, dans les pays de Droit Écrit, rapprochait la donation des autres conventions.

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VIII, § 699, note 5.

2. M. Glasson, *les Donations à cause de mort*, loc. cit., p. 491.

3. Dans ce sens, M. Glasson, *les Donations à cause de mort*, loc. cit., pp. 489 à 493. M. Batbie, *Révision du code Napoléon. Revue critique*, t. XXVIII, pp. 137. 139.

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres arabes renvoient aux pages.

- Acceptation expresse.** — Origine, 227. — Ord. de 1539, déclaration de 1549, 228. — Jurisprudence moins sévère dans les pays de Droit Écrit que dans les pays coutumiers, 229-232. — Ord. de 1731, 230, 233.
- Adultère.** — Influence sur la capacité en matière de donation, 59, 277.
- Année de deuil.** — Incapacité en matière de donation de la femme qui se remarie ou se conduit mal dans l'année de deuil. En droit romain, 51. — Dans l'ancien droit, 318.
- Apostat.** — Capacité en matière de donation dans le droit de Justinien, 58.
- Associations.** — Capacité en matière de donation. En droit romain, 67. — Dans l'ancien droit, 280.
- Augment de dot,** 300.
- Avocat.** — Capacité en matière de donation. Droit romain, 53. — Ancien droit, 275.
- Bagues et joyaux,** 304.
- Capacité en matière de donation.** — Droit romain, 34. — Ancien droit, 272.
- Cession de créance à titre gratuit.** — Effets avant et après Justinien, 26, 27.
- Chambre tapissée (donation de la),** 308.
- Cincia.** — Loi. Motifs, 7. — Prohibitions, 9. — Effets sur les donations, 10.
- Classification des donations dans le droit de Justinien,** 17.
- Coffres, hardes, bague nuptiale (Donation des),** 307.
- Concubins.** — Capacité en matière de donation des concubins entre eux. Droit romain, 59. — Ancien droit, 278.
- Condamnés.** — Influence de certaines condamnations sur la capacité en matière de donations, 57.
- Conditions des donations en droit romain,** 29.
- Condition potestative de la part du donateur dans les donations entre vifs.** En droit romain, 30. — Dans les pays de Droit Écrit, 346. — Dans les pays coutumiers, 345. — Ordonnance de 1731, 348. — Voir aussi aux mots *donner et retenir ne vaut; irrévocabilité.*
- Condition résolutoire.** — Effets de la condition résolutoire dans les donations à cause de mort en droit romain, 126.

Confesseur. — Incapacité à l'égard de son pénitent dans l'ancien droit, 275.
Consentement dans les donations. — Ses effets dans le droit de Justinien, 77, 113. — Dans les pays de Droit Écrit, 205.

Contrats onéreux affectant la forme de la donation au moyen-âge, 147.

Contre-Augment, 303.

Démission de biens dans les pays coutumiers, 169.

Donation. — Usage, 3, 143. — Variétés, 17, 150. — Objet, 25. — Conditions, 29, 345. — Capacité, 34, 272. — Formes, 77, 191. — Effets, 113. — Révocation, 134, 349.

Donation à cause de mort. — *Droit romain.* — Définition, 2. — Renonciation à la faculté de révocation dans le droit de Justinien, 17. — Formes dans le droit de Justinien, 105. — Rapprochement et comparaison avec les legs, 109. — Effets dans le droit de Justinien, 122. — Transfère-t-elle par elle-même la propriété? 122. — Effet du prédécès du donateur, 123. — Effet du prédécès du donataire. Systèmes divers, 125. — *Ancien droit.* Donation à cause de mort en usage dans les pays de Droit Écrit, 174. — Forme, 266. — Repoussée dans les pays coutumiers, 177. — Ordonnance de 1731 : sa théorie sur la donation à cause de mort. Conséquences au point de vue des formes, 178, 269. — Disparition dans le Code Civil, 180.

Donation de biens à venir. — Difficultés qu'elle rencontre avant Justinien, 27. — Validité par suite des réformes de Justinien, 28. — Admise dans les pays de Droit Écrit, 181. — Repoussée dans les pays coutumiers, 182. — Prohibée par l'ordonnance de 1731, 186. — Résistance des parlements de Droit Écrit, 187.

Donation de biens présents et à venir. — Discussions dans l'ancien droit sur le maintien de la donation de biens présents, en cas de nullité de la donation de biens à venir, 183. — Nullité totale prononcée par l'ordonnance de 1731, 186.

Donation déguisée, 69, 263.

Donation de survie, 305.

Donation d'une pension viagère, 306.

Donation d'une universalité. — Difficultés qu'elle rencontre avant Justinien, 25. — Facilités qu'elle trouve dans la réforme de Justinien sur le pacte de donation, 26. — Proscrite dans les pays coutumiers, 184. — Admise dans les pays de Droit Écrit, si elle n'est pas absolument universelle, 185. — Prohibée par l'ordonnance de 1731, 186.

Donation entre époux. — Variations de son histoire jusqu'à Justinien, 41. — Classée par lui dans les donations entre vifs. Conséquence, 18. — A quelles conditions est-elle nulle? 44. — Dans quel cas est-elle confirmée? 42. — Effets des donations entre époux dans le droit de Justinien, 119. — *Ancien droit.* Liberté des donations entre époux dans la période barbare, 312. — Théorie coutumière, prohibition des donations entre époux, 313. — Théorie romaine adoptée dans les pays de Droit Écrit, 313. — Ord. de 1731, 316. — Droit intermédiaire, 317. — Code Civil, 317.

- Donation entre vifs** (Règles spéciales à la). — *Droit romain*. Forme avant Justinien, 6. — Dans le droit de Justinien, 78. — Insinuation en droit romain, 81. — Effets de la donation entre vifs dans le droit de Justinien, 113. — Cas de révocation, 138. — *Ancien droit*. — Donation entre vifs dans la dernière maladie du donateur, 151. — Histoire des formes de la donation entre vifs, 191. — Insinuation, 235. — Cas de révocation lé-gale, 349.
- Donations en contrat de mariage**, par des étrangers aux futurs époux et à leurs descendants, 288. — Formes simplifiées, 288. — Dispense de la règle *donner et retenir ne vaut*, 291. — Donation des futurs époux l'un à l'autre, 299. — Principales donations usitées dans les contrats de mariage des pays de Droit Ecrit, 300.
- Donations faites pendant le mariage par les époux en faveur d'un étranger**, 308.
- Donations non soumises à des formes solennelles**. — Dons ma-nuels, 259. — Renonciations *in favorem*, 260. — Stipulation au profit d'un tiers, 261. — Donation dans un contrat onéreux, 263.
- Donation par le père de famille au fils in potestate**. — Voir règles des *Donations entre époux*.
- Donations particulières aux pays coutumiers**, 169.
- Donations particulières aux pays de Droit Ecrit**, 173.
- Donation propter nuptias**. — Définition, 21. — Caractères, 21. — Effets sous Justinien, 116.
- Donation rémunératoire**, 19, 152.
- Donation « sub modo »**. — Inexécution du *modus* rangée par Justinien dans les cas d'ingratitude. Conséquences, 115. — Révocation pour inexé-cution du *modus*, 140. — *Ancien droit*. — Donation avec charges, 155. — Révocation pour inexécution des charges, 353. — Premières différences préparant la distinction entre la révocation pour inexécution des charges et la révocation pour ingratitude établie par le Code Civil, 354.
- Donations usitées dans les pays de Droit Ecrit et dans les pays coutumiers**, 150.
- Don de sponsalici ou screix**, 306.
- Donner et retenir ne vaut** (Règle). — Inconnue à Rome, 30. — Double sens de la règle dans l'ancien droit, 193. — 1^{er} sens. *Nécessité de la tradition dans les donations entre vifs*, 193. — Motifs, 193. — Dispa-rition de la tradition dans les donations des pays de Droit Ecrit, 203. — Dernières traces de la nécessité de la tradition dans les pays coutumiers, 205. — Ord. de 1731, 207. — 2^e sens : *Nécessité du dessaisissement défi-nitif du donateur*. Irrévocabilité essentielle à la donation. Origine, 335. — Règle adoptée dans les pays coutumiers, conséquences, 345. — Non adop-tée dans les pays de Droit Ecrit, conséquences, 346. — Ord. de 1731 et Code Civil : triomphe de la théorie coutumière, 348. — Voir aussi aux mots *Irrévocabilité*, *Révocation des donations*.
- Dot**. — Caractère de la dot en droit romain : acte à titre gratuit ou oné-reux, 19. — L'inaliénabilité dotale et la donation en pays de Droit Ecrit, 310.

- Droit de retour.** — Retour conventionnel, 379. — Retour légal, 380.
- Droit d'habitation** (Donation du, 306.)
- Ecriture.** — *En droit romain.* — Imposée par Constantin dans les donations. — Sens et portée de la réforme de Constantin, abrogation, 83. — *Ancien droit.* — L'écriture considérée comme forme substantielle de la donation dans beaucoup de chartes jusqu'au xiii^e siècle, 210. — Motifs, 212. — Disparition de cette théorie, mais importance générale prise par l'écriture pour la preuve des contrats, 215. — Ord. de 1731, 217.
- Enfants naturels.** — Capacité de recevoir une donation des enfants naturels à l'égard de leurs père et mère. — Droit de Justinien, 59. — *Ancien droit*, 278.
- Epoux.** — Capacité en matière de donation à l'égard de l'autre époux. Voir au mot *Donation entre époux*.
- Equipages** (donation des), 307.
- Etablissements religieux ou de bienfaisance.** — Capacité en matière de donation : *dans le droit de Justinien*, 61. — *Dans l'ancien droit*, 280. — Droit d'amortissement, 281. — Edits divers, édit de 1749, 282.
- Etat.** — Sa capacité en matière de donation dans le droit romain. — Pollicitation, 64.
- Etat du mobilier.** — Origine, 209. — Introduction dans les donations des pays de Droit Ecrit. Ord. de 1731, 208.
- Femme indigente** (Quarte de la). — S'exerce-t-elle contre les donations? 75.
- Femme mariée.** — Capacité en pays de Droit Écrit en matière de donation, 308.
- Franche-aumône**, 157.
- Forme des donations à cause de mort.** — *Droit romain*, 105. — *Ancien droit*, pays de Droit Écrit, 266. — Ord. de 1731, 269, 270.
- Forme des donations entre vifs.** Dans le droit de Justinien : Effets du simple consentement, 77. — Insinuation, 81. — *Ancien droit* : histoire des formes de la donation entre vifs, 191.
- Fréquence des donations au moyen-âge.** — Cause, 143.
- Furiosus.** — Capacité en matière de donation, 39.
- Gains nuptiaux et de survie** en usage dans les pays de Droit Écrit, 299.
- Hérétiques.** — Capacité en matière de donation dans le droit de Justinien, 58.
- Immunité** (concession d'), 160.
- Inceste.** — Influence sur la capacité en matière de donation, 59.
- Inexécution des charges** (Révocation des donations entre vifs pour.) — Inexécution rangée par Justinien dans les cas d'ingratitude. Conséquences, 115, 140. — *Ancien droit*, 353. — Premières différences préparant la distinction entre l'inexécution des charges et l'ingratitude établie par le Code Civil, 354.
- Ingratitude.** — Révocation des donations entre vifs pour ingratitude *dans le droit romain*, 139. — *Dans l'ancien droit*, 349.
- Insinuation des donations** — *En droit romain*. Etablissement de l'in-

- sinuation, 82. — Son but, 84. — Ses formes, 86. — Magistrat compétent, 88. — Donations auxquelles elle s'applique, 91. — *Modus* au-dessous duquel elle n'est pas exigée, 95. — Cas de dispense, 102. — Conséquences du défaut d'insinuation, 104. — *Ancien droit*. Subsistance de l'insinuation jusqu'à la fin du VII^e siècle, 235. — Incertitude sur son maintien à partir de cette époque, 238. — Cause de sa disparition, 244. — Renaissance de l'insinuation au XII^e siècle, 247. — Assises du Sénéchal de Beaucaire, 250. — Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, 251. — Caractère fiscal de l'insinuation, 251. — Ord. de 1731 : Donations sujettes à l'insinuation, 252, 253. — Personnes qui peuvent invoquer le défaut d'insinuation, 254. — Juridiction où peut se faire l'insinuation : Ord. de 1612, 256-257. — L'insinuation dans la période intermédiaire, 257.
- Institution contractuelle.** — Était-elle pratiquée en droit romain ? 22. — Institution contractuelle dans l'ancien droit, 162.
- Irrévocabilité des donations.** — Développement historique de l'idée d'irrévocabilité dans les donations *dans l'ancien droit*, 334. — Réaction contre l'instabilité des donations, 336. — Procédés pour assurer le maintien des donations dans les temps barbares, 338. — L'irrévocabilité essentielle à la donation dans les pays coutumiers. Conséquences, 344. — L'irrévocabilité naturelle à la donation dans les pays de Droit Écrit. Conséquences, 346. — Triomphe des idées coutumières avec l'Ord. de 1731, 348. — Voir aussi aux mots *Donner et retenir ne vaut*, *Révocation des donations*.
- Légitime.** — Extension contre les donations. *Droit romain*, 72. — Pays de Droit Écrit, 284. — Règles exceptionnelles sur la légitime dans certains pays de Droit Écrit, 285. — Pays coutumiers : légitime de droit et réserve coutumière, 286.
- Magistrat.** — Capacité en matière de donation *dans l'ancien droit*, 276.
- Maitre.** — Capacité à l'égard de son apprenti *dans l'ancien droit*, 275.
- Mariage.** — Son influence sur les donations *dans l'ancien droit*, 288. — Voir aussi aux mots *Donation entre époux*, *Donation propter nuptias*.
- Médecin.** — Capacité en matière de donation. *Droit romain*, 52. — *Ancien droit*, 275.
- Mente captus.** — Capacité en matière de donation, 39.
- Mineur de vingt-cinq ans.** — Capacité en matière de donation, 39.
- Notaire.** — Son rôle grandissant dans les donations, 219. — Ordonn. de Louis XI, de 1456, pour le Dauphiné, 220. — Edit du roi René de 1472 pour la Provence, 221. — Ministère du notaire facultatif dans les pays de Droit Écrit, 222. — Imposé par l'Ord. de 1731, 222.
- Novice.** — Incapacité en matière de donation *dans l'ancien droit* à l'égard de l'ordre dans lequel il doit entrer, 276.
- Objet des donations.** — Biens à venir. Universalité, voir *donation de biens à venir*, *d'une universalité*.
- Partage d'ascendant**, 167.
- Patron.** — Légitime du ; exercice contre les donations, 74.
- Personne « alieni juris ».** — Capacité en matière de donation, 54.

Personnes interposées, 69.

Personnes morales. — Capacité en matière de donation. — *Droit de Justinien*, 60. — *Ancien droit*, 280. — Amortissement, édits divers, 281. — Edit de 1749, 282.

Pollicitation en faveur de l'État et des cités. — Règles qui régissent la pollicitation en droit romain, 64.

Précaire combinée avec la donation, 148.

Précepteur. — Incapacité à l'égard de son élève en matière de donation dans l'*ancien droit*, 275.

Prodigue. — Capacité en matière de donation, 39.

Pupille. — Capacité en matière de donation, 39.

Quarte Falcidie. — Extension contre les donations à cause de mort, 72.

Quarte légitime. — Voir *Légitime*.

Rareté de la donation à Rome, 3.

Religieux. — Capacité en matière de donation dans le *droit de Justinien*, 63, 64. — Dans l'*ancien droit*, 279.

Révocation des donations. — Naturelle dans la donation à cause de mort, dans la donation entre époux. Voir la table à ces mots : *Cas de Révocation légale de la donation entre vifs*. — *Droit romain* : patron donateur, 138. — Survenance d'enfant, 138. — Ingratitude 139. — Inexécution des charges, 140. — *Ancien droit* : Ingratitude, 349. — Inexécution des charges, 353. — Survenance d'enfant, 357. — Extension de la loi *si unquam*, 358. — Son application aux donations faites en contrat de mariage-361. — Influence de Du Moulin, 365. — Dans quels cas se produit la révocation pour survenance d'enfant, 369. — Ses effets, 372. — Comment se perd le droit de révocation, 375. — Droit de retour conventionnel, 379. — Droit de retour légal, 380.

Secondes noces. — Leur influence sur la capacité en matière de donation. — *Droit romain*, 48. — *Ancien droit*. — Incapacité de la femme qui contracte des secondes noces ou se conduit mal dans l'année de deuil, 318. — De la mère qui, après avoir accepté la tutelle de ses enfants, se remarie sans leur avoir fait nommer un autre tuteur, 320. — De la veuve qui se remarie à une personne indigne, 321. — Des époux en cas de second mariage, 322. — Edit des secondes noces de 1560, 323. — Interdiction à l'époux remarié de donner à son nouvel époux au delà de la portion de l'enfant le moins prenant, 324. — Interdiction pour l'époux remarié de disposer de la nue-propriété des biens qui lui proviennent de son premier époux, 328.

Sourd-muet. — Capacité en matière de donation, 35.

Survenance d'enfant. — Voir au mot *Révocation des donations*.

Tradition dans la donation entre vifs. — Nécessité de la tradition dans le très ancien droit, 196. — Tradition symbolique, 198. — Tradition feinte, 200. — Mouvement favorable à la donation purement consensuelle en pays de Droit Écrit, 203. — Théorie des pays de Droit Écrit et des pays coutumiers, au commencement du xviii^e siècle ; dernières traces de la tradition en pays coutumiers, 205. — Ord. de 1731, 207.

- Tuteur.** — Incapacité du tuteur de recevoir une donation de son pupille. — *Ancien droit*, 272. — *Arrestum sane*, 273. — Ord. de 1539, 274. — Extension donnée à l'incapacité du tuteur, 275.
- Témoins.** — Exigés par Constantin pour la donation, 83. — Dispense par Zénon, 83. — Nombre et importance des témoins dans les donations du moyen-âge, 224. — Diminution de l'importance des témoins, 216, 226. — Ord. de 1731, 226. — Loi du 21 juin 1843, 227.

Vu par le Président,

LEFEBVRE.

Vu par le Doyen,

GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie,

GRÉARD.

